المختصر الفقهي

تأليف

محمد بن عرفة الورغمي التونسي

المتوفى سنة ٨٠٣ هـ

صححه ونقحه وعلق هوامشه

الدكتور حافظ عبد الرحمن محمد خير

أستاذ الفقه بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

طبع على نفقة

مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية

مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية

KHALAF AHMAD AL HABTOOR FOUNDATION

بسم الله الرحمن الرحيم

10

المختصر الفقهي

مسجد ومركز الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه

هاتف: 4448 394 4 971+ فاكس: 4476 394 4 971+

صندوق بريد 124343 دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة

البريد الالكتروني: info@alfarooqcentre.com

الموقع الإلكتروني: www.alfarooqcentre.com

www.facebook.com/alfarooqcentre

@AlFarooqCentre

@alfarooqmosquecentre

www.youtube.com/AlFarooqCentre

رقم الإيداع الدولي (ISBN)

978-9948-20-795-5

الطبعة الأولى

1435هـ/2014م

[باب الخطأ في الدماء]

والخطأ في الدماء له حكم يخصه، فينبغي تعريفه؛ وهو ما مسببه غير مقصود لفاعله باعتبار صنفه غير منهي عنه(1)، فيخرج قتل حر محترم بفعل؛ إنما قصد به حرًّا غيره

---

(1) قال الرَّصاع: تكلم الشَّيخ رحمه الله على قتل العمد، وعلى فعل العمد، وسبب العمد هنا، قال: والخطأ سيأتي في دياتها وهو هذا.

قال: هو ما مسببه غير مقصود لفاعله ظلمًا.

قال: بعد ذلك له حكم يخصه، فينبغي تعريفه، فذكر ما رأيت.

قوله: (ما مسببه) أي: الفعل الذي مسببه؛ وهو القتل أو الجرح غير مقصود لفاعله مثاله: إذا رمى طائرًا بسهم، فأصاب رجلاً، فقتله أو جرحه، فقتل الرجل قتل خطأ؛ لأن المسبب وهو القتل غير مقصود لفاعل سببه؛ بل قصده لطائر، فأصاب قتل رجل، وغير مقصود خبر عن مسببه، وما نكرة موصولة.

قوله: (ظلمًا)؛ حال من الضمير في المقصود، أو مفعول من أجله، أو تمييز من نسبة المقصود إلى ضميره؛ معناه: أن المسبب غير مقصود للفاعل في حالة كون المسبب ظلمًا.

قال الشَّيخ: فيخرج شبه العمد، يعني: كقذف الأب ولو بحديدة فمات، فإن في ذلك شبه العمد لا دية الخطأ؛ لأنه فعل مقصود ظلمًا بالإطلاق، فإن الأب وإن لم يقصد قتل ولده؛ فلا يحل له رميه بشيء فيه مظنة قتله، فلو لم يزد قوله: ظلمًا؛ لكان حده غير مطرد.

(فإن قلت): هذا الذي يفهم من كلامه رحمه الله، وإن بقوله: (ظلمًا)؛ خرج ما ذكره من شبه العمد، وأنه لا يدخل في الخطأ، فيقال عليه: إن صح ذلك يكون ظلمًا حالاً من الضمير إلى الفاعل، فإن خرج ما ذكر فيه يخرج عنه ما ذكر بعد أنه خطأ إذا قصد عين إنسان ظلمًا، فمات إنسان من ضربه، ولا يصح إدخاله في الخطأ بغير ما أخرجه من الصور، فتأمله، وتأمل قوله: لأنه فعل مقصود غيره ظلمًا بالإطلاق، وما فائدة ذكر الإطلاق في كلامه أيضًا.

وبعد أن شرحت هذا الرسم المذكور كما رأيته من نسخة من بعض تلامذته بخط نقل لي عن مبيضته ما حصل لي العلم بأن الرسم المذكور فيها غير هذا، ونصه ما مسببه غير مقصود لفاعله باعتبار صنفه غير منهي عنه.

ثم قال: (فيخرج قتل حر محترم... إلخ)، ولم يذكر شبه العمد، كما ذكر في غيرها، فلنشر لما فيه بعد.

ثم قال رحمه الله: وقتل حر محترم كذب قصده من حيث كونه فلان ابن فلان.

وقيل: حر مسلم بفعل إنما قصد به حر غيره عدوانًا؛ لأنه عمد؛ ولذا اقتصوا ممن قتل خارجة، ولم

عدوانًا؛ لأنه عمد؛ ولذا اقتصوا من قاتل خارجة، ولم يلتفتوا لإثبات.

قوله: أردت عمرًا، وأراد الله خارجة، فإن ثبت قصده بفعله قتل غير آدمي مات به غيره، فالظاهر خطأ، وأحرى لو كان إنما قصد إتلاف مال غير حيوان ظلمًا، ومقتضى قول الباجي إثر نقله، قول ابن القاسم: من وضع سيفًا بطريق أو غيره؛ يريد به قتل رجل، فإن عطب به ذلك الرجل؛ قتل به، وإن عطب به غيره؛ فالدية على عاقلة الجاعل، كما لو رمى رجلًا؛ يريد قتله، فأصاب غيره؛ فحكمه حكم الخطأ.

يلتفتوا لإثبات قوله: أردت عمرًا، أو أراد الله خارجة هذا الكلام منه: يحقق به أن من قتل شخصًا ظنًا منه أنه فلان ابن فلان، فإذا به غيره فهذا حكمه حكم العمد وهو خارج من حد الخطأ.
وكذلك إذا قتل حرٌّ محرم الدم بفعل قصد حر غيره عدوانًا فإنه عمدًا أيضًا، وهو خارج من الحد بالقيد. قال: ولذا اقتصوا ممن قتل خارجة، ولم يلتفتوا لإثبات قوله: أردت عمرًا وأراد الله خارجة.
ثم قال: وإن قصد بفعله قتل غير آدمي فمات به آدمي؛ قال: فالظاهر أنها خطأ، وأحرى إذا قصد إتلاف غير حيوان ظلمًا والأحروية ظاهرة، وهذان داخلان في رسم الخطأ، ويدخل في الخطأ إذا لم يقصد فعلاً أصلاً أحرى وأولى، وكذلك إذا قصد فعلاً مباحًا ونشأ عنه قتل آدمي وغير ذلك.
ثم ذكر عن الباجي كلامًا يحتاج إلى فهم صحيح، ولم يظهر لنا فيه فهم، ولم يظهر للمبتدأ في كلامه خبر ونظرت المبيضة، ووجدت فيها مثل هذا، والله سبحانه يسهل فهمه فلنرجع إلى شرح ما في المبيضة والاهتمام به أوجب.
قوله: (ما مسببه)، إلى قوله: (لفاعله مثل ما قدمنا).
قوله: (باعتبار صنفه) الضمير يعود على الفعل ومعناه أن الخطأ هو ما كان الفعل فيه مسببًا غير مقصود لفاعل الفعل باعتبار صنف الفعل فالفعل إذا كان فيه قصد قتل آدمي؛ فصادف غيره مسببه مقصود باعتبار قتل صنف الآدمي؛ فهو عمد لا خطأ بخلاف إذا قصد قتل طائر فمات رجل؛ لأنه غير مقصود باعتبار صنف الفعل.
ولما كان شبه العمد يقصد إخراجه، ولا يخرج بغير زيادة غير منهي عنه زاد ذلك وهو صفة للفعل فخرج ذلك لكن أشكل كلامه لما قال فيه الظاهر خطأ فتأمله؛ لأنه من مواقف العقل، وهنا ما يحتاج إلى نظر وتأمل.
قال بعض تلامذته: قيل للشيخ رحمه الله: الرسم غير مانع لدخول بعض صور العمد فيه، وهو إذا ضربه بلطمة. فإنه لم يقصد قتله مع أنه قال فيها: يقتص من الضارب. فأجاب بأن الباعث له على اللطمة هو السبب لا الضرب سبب فتأمل هذا، واستحسنه بعض تلامذته، والله سبحانه أعلم.

قُلتُ: هذا يؤيد ما قلناه، وأن من قصد قتل رجل ظلمًا فضربه، فإذا هو غيره؛ أنه خطأ، هذا نص قوله في ترجمة جامع العقل.

وقال: قبله في ترجمة ما يوجب العقل على الرجل من قتل رجلًا عمدًا يظنه غيره، ممن لو قتله؛ لم يكن فيه قصاص، قال محمد: لا قصاص فيه، ومضى مثله في مسلم قتله المسلمون يظنونه مشركًا؛ فوداه النبي ﷺ ولم يقد به(1).

قُلتُ: فالمقصود أنه فلان فتبين أنه غيره إن قصده ظلمًا فعمد، وإلا فخطأ، فلو اصطدم فارسان حران خطأ، فماتا هما وفرساهما، ففي لزوم دية كل منهما على عاقلة الآخر، وقيمة فرس كل واحد منهما في مال الآخر، أو نصفيهما فقط قولان لها.

ولعيون مسائل ابن القُصَّار عن أشهب، مع تخريجه اللخمي على قول أشهب، في حافري بئر انهارت عليهما على عاقلة كل منهما نصف دية الآخر، وإن مات أحدهما فقط فعلى عاقلة الباقي نصف ديته، قال: وهو أحسن لمشاركة كل منهما في قتل نفسه.

قُلتُ: وعزاه أبو عمران لروايته ولسَحنون، وهو ظاهر قبول الطرطوشي احتجاج الشافعي بما روي: أن عليًا ﷺ بعثه النبي ﷺ إلى اليمن، فوجد قومًا اطلعوا على أسد سقط في بئر، فسقط رجل فيها، فتعلق بثان فتعلق الثاني بثالث، فتعلق الثالث برابع، فسقطوا، وقتل الأسد بعد جرحه إياهم، وماتوا من جراحهم؛ فهم أولياء الآخر والأول بالقتال، فنهاهم علي.

وقال: اجمعوا من القبائل ربع الدية وثلثها ونصفها، والدية كاملة للأول؛ ربعها لأنه هلك ومن فوقه ثلاثة، وللثاني ثلثها؛ لأنه هلك ومن فوقه اثنان، وللثالث نصفها لأنه هلك ومن فوقه واحد، وللرابع دية كاملة، فلم يرضوا فأتوا النبي ﷺ، فلقوه عند المقام فأخبروه فأجازه(2).

---

(1) أخرجه الحاكم في المستدرك: 3/427- رقم: (5622) كتاب معرفة الصحابة ﷺ، ذكر مناقب حذيفة بن اليمان ﷺ، والبيهقي: 8/132- رقم: (16255) في كتاب القسامة باب المسلمين يقتلون مسلما خطأ في قتال المشركين في غير دار الحرب أو مريدين له بعينه يحسبونه من العدو.

(2) أخرجه أحمد في المسند: 1/77- رقم: (573)، والبيهقي في الكبرى: 8/111- رقم: (16175)

قلتُ: كذا ذكره الطرطوشي في تعليقته وسكت عنه، وذكره البزار بنحو هذا اللفظ عن حنش بن المعتمر، قال عبد الحق: حنش هذا يقال له حنش بن ربيعة يكنى أبا المعتمر، قال أبو حاتم فيه: كان عبدًا صالحًا، لا أراهم يحتجون بحديثه، وقال البزار في حديثه: هذا لا نعلمه يروى إلا عن علي ولا طريق له إلا هذا.

قلتُ: وتوجيهه أن من أوجب في المصطدمين على كل عاقلة دية، أرى أن قتل كل منهما مضافًا لفعل صاحبه وحده، لا إلى فعل القاتل والمقتول؛ لأن فعل المقتول لا يوجب على عاقلته دية نفسه، فصار كالعدم واختص بالإيجاب فعل صاحبه، ومن أوجب على كل منهما نصف الدية، رأى القتل مضافًا إلى فعل القاتل والمقتول؛ لاستوائهما في السببية في الخارج.

وإذا كان مضافًا إليهما معًا؛ كان كل واحد موجبًا نصف ديته على عاقلته، وذلك باطل، فيسقط نصف ديته، وهو النصف المضاف إلى فعله، ويبقى له نصفها، إذا تقرر هذا اتضح حكم الأربعة؛ لأن سبب قتلهم جرح الأسد المسبب عن استقرارهم في قعر البئر، واستقرارهم به مسبب عن تماسكهم إلى جهة قعرها.

فالأول مشارك في ذلك ثلاثتهم؛ لأنه ممسك بجهة قعرها للثاني مباشرة، والباقين بواسطة فله من سبب السقوط لقعرها ثلاثة أجزاء، ففي إمساكه من ثلثه مباشرة، والباقين بواسطته، فله من سبب موته ثلاثة أجزاء، فسقط من ديته كسقوط النصف في المصطدمين يبقى له ربعها.

والثاني مع الباقين كذلك؛ فله من ديته ثلثها.

والثالث مع الرابع كمصطدمين.

وكون الرابع له دية كاملة واضح؛ لأنه غير مشارك في سبب موته، لأن إمساكه إنما كان للغلق.

والطحاوي في مشكل الآثار: 5/448- 2200.

ووجهه ابن العربي في سورة ص، بعد أن خطب عليه بقوله للرابع دية، وعليه ثلاثة أرباع دية في الثلاثة الذين قتلهم، وللثاني دية، وعليه للاثنين الذين قتلهم بالمجاذبة ثلثا دية، يبقى له ثلث دية، وللثالث دية وعليه للرابع نصف دية؛ لقتله واحدًا بالمجاذبة، يبقى له نصف دية؛ فوقعت المقاصة، وغرم العواقل ما بقي، ويرد بأن شرط المقاصة أن يكون مستحق الطلب هو الغارم، ومستحق الدية الورثة، والغارم العاقلة؛ فبطل شرط المقاصة، وبأنه إنما ينتج.

قوله: قتل ثلاثة أن عليه ثلاثة أرباع الدية، إذا كان معناه قتل ثلاثة مع ثلاثة، وهذا غير صادق؛ لأن الأعلى لم يقتل أحدًا، لأن مجاذبته إنما كانت لفوق، ولو عدت مجاذبته مع فعله سببًا لم تصح له دية كاملة فتأمله.

وفي الرواحل منها: إن سلم أحدهما بفرسه؛ ففي ماله فرس للآخر، وعلى عاقلته دية راكبه، ابن شاس: وسواء كان المصطدمان راكبين أو ماشيين أو بصيرين أو نزيلين، أو أحدهما ضريرًا وبيده عصا، فإن تعمد الاصطدام؛ فهو عمد محض، فيه حكم القصاص، ولو كانا صبيين ركبا بأنفسهما بفصل وليهما، فهما كالبالغين، إلا في القود.

وفيها: لا شيء في اصطدام السفينتين إن كان لغالب من الريح لا يقدرون على دفعه، ولو قدروا ضمنوا.

الصقلي: يريد في أموالهم، وقيل: الديات على عواقلهم.

اللخمي: لابن القاسم في الموازيَّة: إن كانوا إن حبسوها؛ هلكوا أو غرقوا، فلم يحبسوها؛ ضمنوا الأموال في أموالهم، والديات على عواقلهم، وليس لهم طلب نجاتهم بغرق غيرهم.

قال ابن عبد السلام: قول ابن الحاجب يوهم أن حكم الفارسين والراجلين مخالف لحكم السفينتين، وليس كذلك، فإن الفارسين إذا جمح فرساهما بهما، ولم يقدرا على صرفهما؛ فكان عنه تلف لم يضمنا، إلا أن الفرسين إذا جهل أمرهما، هل هو لجمح يقدران على رده؟ أو لا حمل على القدرة؟، وفي السفينتين على العجز.

وقول أشهب في السفينتين: إن علم أنه من أمر غالب، لا من أمر أخرقوا فيه، فلا شيء عليهم، وإن لم يعلم؛ فذلك عليهم ظاهره التسوية بين الفارسين والسفينتين.

قلتُ: قوله: إذا جمحت فرساهما بهما ولم يقدرا على صرفهما؛ لم يضمنا يرد بقولها في الديات: إن جمحت دابة براكبها فوطئت إنسانًا فعطب؛ فهو ضامن، وبقولها في الرواحل: إن كان في رأس الفرس اعتزام، فحمل بصاحبه فصدم؛ فراكبه ضامن؛ لأن سبب فعله وجمحه من راكبه وفعله به، إلا أن يكون إنما نفر من شيء مر به في الطريق من غير سبب راكبه؛ فلا ضمان عليه، وإن فعل به غيره ما جمح به؛ فذلك على الفاعل وفي السفينة الريح هي الغالبة، فهذا هو الفرق بينهما.

قلتُ: فهذا كالنص على أن ما تلف بسبب الجموح، هو من راكبه مطلقًا إلا أن يعلم أنه من غيره خلاف.

قوله: ما تلف بالجموح ولم يقدر على صرفه؛ أنه لا ضمان عليه فيه فتأمله، وما ذكره عن أشهب، كذا نقله الشَّيخ عنه من الموازيَّة، بعد أن نقل عن مالك وابن القاسم مثل ما في المدَوَّنة، وقول أشهب خلاف.

وفيها: إن اصطدم حر وعبد فماتا؛ فثمن العبد في مال الحر، ودية الحر في رقبة الغلام، إن كان في ثمن الغلام فضل عن الدية؛ كان في مال الحر، وإلا فلا شيء لسيد العبد، وإن كانت دية الحر أكثر لم يكن على السيد شيء.

الشَّيخ عن محمد: إلا أن يكون للعبد مال، فيكون بقية الدية فيه، وفي نوازل أَصْبَغ: قيمة العبد في مال الحر، ويخير السيد في افتكاك قيمته بدية الحر، أو إسلامها فيها، فإن أسلمها؛ لم يكن لمولاه الحر غيرها.

ابن رُشْد: هذا يأتي على ما مضى في أول رسم من سماع ابن القاسم: أن سيد العبد يخير في جنايته على الحر خطأ، في أن يسلمه بها أو يفتديه بها مؤجلة في ثلاث سنين، إذ لو لم تكن مؤجلة؛ لوجب أن يكون مقاصة بالقيمة، كما قال في المدَوَّنة، ابن شاس: لو جبذا حبلًا فانقطع فتلفا؛ فكاصطدامهما، فإن وقع أحدهما على شيء فأتلفه؛ ضمناه.

قلتُ: يؤيده نقل الشَّيخ عن الموازيَّة والمجموعة: إن اصطدم فارسان فوطئ

أحدهما على صبي فقطع أصبعه ضمناه، ابن الحاجب: لو طرأت مباشرة ثم أخرى عن ممالأة؛ قتلوا جميعًا، ولا قصاص في الجرح ما لم يتعمد المثلة، وإلا قدم الأقوى وعوقب الآخر.

قلتُ: تقدم الكلام من نقل اللخمي: إن قتل الجماعة بتعاونهم على قتل؛ كقتل واحد، فصدور المثلة من أحدهم، كصدورها من واحد يفعل مثلما فعل ويقتل مع سائرهم.

ابن شاس: إذا طرأت مباشرة على مباشرة قدم الأقوى، لو جرح الأول وحز الثاني الرقبة قتل الثاني.

قلتُ: للشيخ عن سَحنون: من ضربه رجل ولكزه آخر، قتل الضارب وحده، ولو قطع أحدهم يده، والآخر رجله، وضرب الآخر عنقه؛ قتل القاتل، وقطع القاطعان، ولو أنفذ أحدهما مقاتله، وأجهز عليه الآخر؛ ففي قتل الأول وعقوبة الثاني، وعكسه سماعا يحيى وأبي زيد ابن القاسم.

ابن رُشْد: الأول أظهر، ولو قيل: يقتلان معًا لاشتراكهما؛ لكان له وجه، ووجه الثانية أنه معدود في جملة الأحياء، يرث ويوصي، كما لو قتل من بلغ به المرض مع الكبر إلى حال، يعلم أنه لا تتمادى حياته معه.

وعن سَحنون: أن وصيَّة من أنفذت مقاتله لا تجوز، فعلى قوله؛ لا يرث ولا يورث، ولا يقتل به قاتله، وقياس قول ابن القاسم: يقتل به الأول؛ أن لا يرث ولا يورث، وله في سماع عيسى: أنه يرث ويورث، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال، ثالثها: التفرقة بين القصاص والموارثة وهي أحسن الأقوال.

[باب فيما يوجب الضمان من الأسباب التي يقصد بها التلف]

والمذهب: لزوم الضمان بالسبب العري عن قصد التلف، إن كان عمدًا فيها هلاك الصبي بسلاح يمسكها من خطأ دافعها فيكفر.

الصقلي عن المجموعة: إلا أن يقدر على إمساكها، كأمره له يناوله حجرًا يقوى عليه، أو لا يضمن في الدابة مطلقًا؛ لأنه لا يقوى عليها، ولو حمله على دابة فما أتلفته على الصبي أو عاقلته إن بلغ الثلث.

محمد: ولو كان عبدًا فجنايته في رقبته، وفي رجوع العاقلة، والسيد بما غرما على عاقلة الحامل، وعليه قول أشهب مع محمد وأَصْبَغ وابن القاسم مع روايته، وعلى الرجوع يرجع السيد بالأقل من قيمته، والأرش إن أشكله.

الصقلي: وإن فداه؛ فبالأقل مما دفع وأرشه.

أشهب: وكذا لو سقط عن الدابة على من قتله؛ فعلى الحامل، وأنكر رواية ابن القاسم، وقال إنما بلغاه عنه.

محمد: ومثله قول ابن القاسم من أمر صبيًّا يجري فرسًا فمات بجريه، إن كان بأمر أبيه؛ فلا شيء عليه، وأمر غير الأب لغو في سماع أبي زيد؛ لأنه بأمره عاف عن ديته.

ابن رُشْد: لو كانت له أم؛ فلها ثلث الدية.

محمد: ولو قتل رجلًا ومات مجريه؛ فعلى الآمر، ولولي القتيل اتباع عاقلة الآمر، أو عاقلة الصبي، فترجع على عاقلة الآمر، ولو كان عبدًا؛ فعلى الآمر لربه قيمته مع الأقل منهما، أو من الأرش، فإن قيل على تعليله: إنه بإذنه عاف عن ديته وعن قيمته؛ يلزم على قول سَحنون في هذا الأصل أن عفوه لغو؛ لأنه عن شيء قبل وجوبه.

قلتُ: لاحتمال كون العلة عند سَحنون؛ عدم عمد الآمر لإذن الأب.

وفيها: ما أهلكت الدابة بيدها أو رجلها، وعليها مؤخر ومقدم على عاقلته، إلا أن يحركها المؤخر؛ فعليهما إلا أن يعجز المقدم عن ردها؛ فعلى المؤخر فقط، والصبي الضابط الركوب كالكبير وغيره كمتاع.

محمد: والصغير غير ضابط، والنائم عليها ككبير منتبه، إن لم يكن سائق ولا قائد، فإن كان أحدهما؛ فعليه دونهما ونفحها كذلك جبار إلا بسبب فاعل.

الباجي لمحمد عن أشهب: إن كدمت أو نفحت لا بسبب من أحد؛ فالسائق أحق بالضمان من القائد والراكب، إن دعوها سوقها بزجر أو ضرب أو نخس، ولو ضربها

الراكب برجله فكدمت؛ ضمن، وكذا القائد إن انتهرها والراكبان في محمل ولا قائد كراكب.

أشهب: فقوء عين بحصاة طارت من تحت حافر دابة جبار، أشهب: إن دفعها حافرها فعلى راكبها.

محمد: ما أتلفت دابة انفلتت من يد رجل على عاقلته، ومن موردها جبار، ولو نادى من يحبسها له فذهب ليحبسها فقتلته فجبار.

محمد: إلا أن يكون المأمور عبدًا أو حرًّا صغيرًا، فعلى عاقلة من انفلتت منه.

ابن حبيب عن الأخوين وأَصْبَغ عن ابن القاسم: ما أتلف الفلو يتبع أمه جبار، لا على راكبها ولا قائدها.

وفيها: قائد القطار وسائقه، كراكب ما فيه ولو اجتمعا مع راكب فعليهما دونه ما لم يتسبب، فعليه فقط إن لم يشاركه أحدهما فعليهما، أشهب: على الثلاثة.

الشَّيخ: يريد أن الراكب شاركهم في سبب فعلها.

الصقلي: ظاهر لفظه خلافه.

وفيها: إن ساق أجير دابة، فسقط حملها على من قتله؛ فعلى عاقلة الأجير.

محمد عن أشهب: إن حمله عليها غيره، فعلى الحامل إلا أن يكون من قوده ما يطرح المتاع من خرقه؛ فذلك عليه.

قلتُ: فسرها ابن رُشْد بسماع ابن القاسم: إن سقط حمل على جارية بالسوق؛ فالحمال ضامن، ولم يحك قول أشهب.

الشَّيخ عن الموازيَّة والواضحة: إن قاد بصير أعمى، فوقع في شيء، والأعمى عليه فقتله؛ فديته على عاقلة الأعمى.

قلتُ: في جريه على الاصطدام نظر.

الشَّيخ عن الموازيَّة: لمن سقط على رجل فشجه، وانكسرت سن الساقط فقول أصحابنا: على الساقط دية الموضحة، وسنه هدر ومن مر بجازر يقطع لحمًا فزحمه آخر، فوقعت يده تحت فأس الجازر فطرح أصابعه؛ فقيل: ذلك على عاقلة الجازر، وترجع به

على عاقلة الطارح.

محمد عن بعض أصحابنا ما هلك بنفور دابة من نائم، ولو على الطريق جبار إلا أن يكون من حركته.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من طلب غريقًا فأخذه، ثم خاف الموت فتركه؛ لا شيء عليه، ولو ذهب يعلمه العوم فناله؛ ذلك ضمن ديته.

ابن رُشْد: يريد على العاقلة.

قلتُ: زاد الشَّيخ عن محمد، وفي بعض مجالس ابن القاسم خلافه فيما يشبهه، قال فيمن تردى في بئر فصاح برجل يدلي له حبلًا فدلاه ورفعه، فلما خاف على نفسه من رفعه خلاه فمات؛ ضمنه ولم يعجبنا.

قلتُ: يريد خلاف قوله في طالب الغريق، ويفرق بينهما بأن موته في الغريق؛ إنما هو بنفس ما كان عليه دون شركة الطالب بفعل، ورافعه من البئر مشارك بسقوطه من فعل رفعه، ولذا ذكره الصقلي غير ذاكر فيه تنافيا، وقال: لو انقطع الحبل لم يضمنه.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من دلى رجلًا في بئر لطلب حمام بحبل، وربط حبلًا بخشبة فانقطع حبل الخشبة، فخر الرجل ساقطًا، فخشي الرجل على نفسه، فترك الحبل فعليه ديته، ولا يشبه من طلب ربط السفينة خوف غرقه، بأخرى مربوطة بصخرة، فأبى ربها خوف الغرق، ثم أجابه، فلما ربطها جرت الثانية الأولى، فخاف ربها الغرق، فقطع ربط الثانية بها فغرقت؛ لا شيء عليه.

ابن رُشْد: والفرق أنه في البئر غر الرابط من دلاه بإمساكه أحد الحبلين، فضمن بإطلاقه الحبل، لزعمه أنه خاف على نفسه، والدية في ماله؛ لأن فيه شبهة عمد، وصاحب السفينة لم يغر بفعله من ربطه؛ إنما ربطه رجاء النجاة من الغرق.

وسمع في عبد حمل ابنه من حرة دون إذنها، في سفينة معه، فغرقت ومات الولد دونه، فطلبته أمه وأولياؤها بذلك؛ لا شيء عليه لهم.

ابن رُشْد: لأنه لم يجن عليه بذلك؛ لأن الله أباح ركوبها.

قلتُ: الأظهر أنها جناية؛ لأنه متعمد في أخذه، يؤيده قولها في إرخاء الستور: ليس

العبد في انتقاله بولده كالحر، والأم أحق بهم حرة كانت أو أمة، وسمعه عيسى: من اتقى حجرًا رمي به، فرجع على من قتله، إن كان إنما اتقاه دون رده بشيء؛ فعقله على الرامي، وإن دفعه عن نفسه بشيء حتى أوقعه على غيره؛ فديته عليه.

ابن رُشْد: مثله روى علي، قال: إن اتقاها بيده، فعلى الراد العقل، وهو من الخطأ وقال أَصْبَغ: بل على الرامي، وإن دفع الرمية إذ لانتفى الرمية إلا بدفعها، كما لو طلب رجلًا بسيف فهرب، فوقع على صبي فقتله، أو على شيء فأتلفه؛ فهو من خطأ الطالب، إن يعثر المطلوب فيموت؛ ففيه القود، وكذا دافع الحجر عن نفسه، إن أصاب المرمي فهو عمد، إلا أن يكون الحجر قر مقره، وانكسر حده قبل أن يرده؛ فيكون على المرمي، هذا قول أَصْبَغ.

فإن رده بعد أن قر مقره؛ فهو على المرمي، وإن قر الحجر ولم يرده؛ فهو على الرامي اتفاقًا فيهما، وإنما الخلاف إن دفعه عن نفسه في اتقائه إياه، وفي المجموعة عن ابن القاسم في صبي عبث بسقاء على عنقه قلة، حتى سقطت على الصبي فمات؛ فلا شيء على السقاء، ولو سقطت على غير الصبي؛ فعلى عاقلته، ومن عض رجلًا فجبذ المعضوض يده، فنزع أسنانه، ففي كونها عليه أو هدرا، نقلا الشَّيخ عن محمد عن مالك وأصحابه، وابن وَهْب مع يحيى بن عمر قائلا: لم يبلغ مالكًا حديث إهداره ﷺ(1).

الشَّيخ في الموازيَّة: من نزل بئرًا، فنزل في إثره آخر، فجبذ الأسفل الأعلى، فخرا فماتا؛ فعلى عاقلة الجابذ دية الأعلى.

قلتُ: ذكره الصقلي، رواية الشَّيخ: روى ابن وَهْب: من أمسك لرجل حبلًا يتعلق به في بئر، فانقطع؛ فلا شيء عليه، وإن انفلت من يده؛ فهو ضامن، ولابن حبيب عن

(1) أخرجه البخاري 12/193 و194 في الديات، باب إذا عض رجلاً فوقعت ثناياه، ومسلم رقم (1673) في القسامة، باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه إذا دفعه المصول عليه فأتلف نفسه أو عضوه لا ضمان عليه.

ولفظه: عمران بن حصين رضي الله عنه: «أن رَجُلاً عَضَّ يَدَ رجل، فنزع يَدَهُ مِنْ فيه، فوقَعَتْ ثَنِيَّتَاهُ، فاختصموا إلى النبيِّ ﷺ، فقال: يَعَضُّ أحدُكم يَدَ أخيه، كما يَعَضُّ الفَحْلُ؟ لا ديةَ لك».

ابن المسيب: فر من أسد خمسة فتعلق من يليه بثان، والثاني بثالث، والثالث برابع، والرابع بخامس، فقضى علي رضي الله عنه أن الأول جبار، وعلى كل متعلق دية من تعلق به.

ابن حبيب: يريد على عواقلهم، وفي الموازيَّة والمجموعة عن ابن القاسم وأشهب: ما سقط من يده على وديعة فأتلفها؛ ضمنها، ولو سقطت؛ لم يضمنها.

وفيها: ما هلك من محدث، حيث يجوز لمحدثه، كمن حفر شيئًا في داره أو طريق المسلمين، من بئر أو مرحاض إلى جانب حائطه؛ لا غرم عليه فيه.

الصقلي عن أشهب: هذا إن لم يضر بالطريق.

وسمع محمد بن خالد ابن القاسم: من أوقد تحت قدر له ففار ما فيها، فقتل صبيًّا حولها لم يعلم به رب القدر؛ لا شيء عليه.

ابن رُشْد: لا جناية فيه عمدًا ولا خطأً، ولا شيء على العاقلة، كقولها فيمن أرسل نارًا بأرضه، وأرض جاره بعيدة مأمونة من النار، فحملتها الريح إلى أرض جاره؛ فلا شيء عليه فيما أحرقت، ولو كانت غير مأمونة منها؛ كان ما قتلت من الناس على عاقلته.

[باب فيما يتقرر على العاقلة من الخطأ]

والخطأ على الأحرار قسمان: خطأ لا شبهة عمد فيه على العاقلة اتفاقًا، إلا ما دون الثلث(1)، وما فيه شبهة عمد يفترق بحسب قوة الشبهة وضعفها، ما قويت شبهته، فالدية في مال الجاني كبينة الزور، وما ضعفت فيه فالدية على العاقلة، كمن أرسل نارًا

---

(1) قال الرَّصاع: قال: ما معناه: الخطأ على الحر الذي لا شبهة عمد فيه هو الثلث.

قوله: (الخطأ على الحر) أخرج به إذا وقع في عبد، قوله: (لا شبهة فيه عمدًا) أخرج به ما فيه شبهة وهو على قسمين: شبهة قوية، وضعيفة، فما قويت فيه شبهة عمد. فإن ذلك في مال الجاني كالبينة التي شهدت بالزور في قتل، وما ضعفت فيه الشبهة فهو على العاقلة أيضًا كمن أرسل ناراً في غير أمن فمات منها حر، وما توسطت فيه الشبهة فيختلف فيه فقيل على الجاني، وقيل على العاقلة كالطبيب المخطئ، فتأمل ذلك وما فيه من المسائل، والله الموفق.

بأرضه، وما توسطت فيه مختلف فيه، هل هي على الجاني أو العاقلة كالطبيب المخطئ؟

وفيها: وما أحدثه بطريق المسلمين، مما لا يجوز له من حفر أو رباط دابة ضمنه.

عياض: معناه جعله لها مربطًا، ولو كان إنما نزل عنها أو فوقها، وهو راكب عليها أمام حانوت ليشتري منه، أو يحمل منه، أو أمام باب داره، أو نزل للصلاة بالمسجد، أو أوقفها حيث لا يجوز له لضيق الطريق، ولو بعد عن الطريق في فناء وغيره وشبهه؛ فلا ضمان عليه.

الباجي: روى عن المجموعة: من فعل ما يجوز له كحفر بئر بداره، لغير ضرر أحد، أو بدار غيره بإذنه، أو رش فناء تبردًا أو تنظفًا، فزلق به من هلك به، أو ربط كلبًا بداره للصيد، أو في غنمه للسباع، أو وقف دابته بالطريق بباب مسجد أو حمام أو سوق، أو أخرج روشنًا من داره أو عسكرًا؛ فلا ضمان عليه.

قلتُ: وفي الزاهي لابن شعبان: من نضح ماء بالطريق، فأصيب به أحد أو مال ضمن، ومن وضع نعليه أو خفيه بالمسجد، فعثر به إنسان؛ ضمن كالطريق.

وفيها: ما أهلك الكلب العقور، إن اتخذ حيث لا يجوز؛ ضمنه متخذه مطلقًا، وحيث يجوز إن تقدم له فيه.

وسمع يحيى ابن القاسم: من شكي إليه انهدام حائطه؛ ضمن ما هلك به، يحيى: وإن لم يكن ذلك لسلطان، إن أشهد عليه.

ابن رُشْد: قول يحيى تفسير مثل قولها، ولعبد الملك وابن وَهْب؛ لا ضمان عليه إلا بعد تفريطه، بعد الحكم عليه.

ولأشهب وسَحنون: ما أهلك بعد بلوغه ما يوجب هدمه؛ ضمنه، ولو لم يشهد عليه، والحمل للصول، والكلب العقور، حيث يمنع اتخاذه، كالحائط يدخلها ما فيه من الخلاف، وقول أشهب في سماع عبد الملك؛ لا ضمان على رب الدابة الصول، ولو تقدم إليه السلطان رابع.

قلتُ: ونقل الصقلي عن بعض القرويين: إن أنكر رب الحائط إخافة إهلاكه، وقف ضمانه على تقدم الحاكم إليه، وإلا كفى الإشهاد خامس.

ولابن رُشْد في رسم كتب من سماع ابن القاسم: من مات من سقي طبيب أو كيه، أو قطعه منه شيئًا، أو تحتز الحجام، أو قلعه ضرسًا؛ لم يضمنه إن لم يخطئ في قلعهما، إلا أن ينهاهم الحاكم عن القدوم، على ذي غرر إلا بإذنه، فمن خالفه ضمن في ماله، هذا ظاهر سماع أشهب.

وقال ابن دحون: هو على العاقلة، إلا ما دون الثلث، وما كان بخطأ منه في فعله، كسقيه ما لا يوافق المرض، أو تفريده يد الجاني أو القاطع أو الكاوي، أو ما لا يوافقه الكي، أو يقلع غير الضرس المأمور بها، فإن كان من أهل المعرفة، ولم يغر من نفسه؛ فذلك خطأ تحمل عاقلته الثلث فصاعدًا، وإن لم يخش وعر من نفسه؛ عوقب بالضرب والسجن.

وفي كون أرش جنايته كالخطأ أو في ماله: قولان لعيسى مع ظاهر نقل أَصْبَغ عن ابن القاسم، وظاهر هذا السماع، وكلما ألزمت الدية على العاقلة، أو في ماله لزمت الكفارة، وحيث لا تلزم لم تلزم إلا استحسانًا، كسماع ابن القاسم: في الأم تسقي ابنها الدواء، فيشرق فيموت، وإذا قدم السلطان أن لا يداوي فيما فيه غرر إلا بإذنه؛ فالعمل في ذلك إن استؤذن، أن يجمع أهل المعرفة، فإن أراد المداواة بذلك الدواء المخوف؛ داوى به ولا ضمان في الموت به، وإن رأوا الكف عنه، أمر به فإن تعدى؛ ضمن في ماله.

قلتُ: ومن الخطأ فعل الشيء المناسب للشكية في غير وقته، وكانت نزلت ببعض متقدم قضاة بلدنا، سأل الأطباء عن فعل كي نشأ عنه هلاك، فأفتوا بأن الكي مناسب للشكية، وفعل في محله من الجسد، فسألهم هل هو في وقته؟ فقالوا: لا، فحكم بتضمينه لقصوره عن ثلث الدية.

الشَّيخ: روى علي إن قطع الحجام حشفة كبير أو صغير أو غلط، فقطع غير اليد المقتص منها؛ فحكمه كالخطأ، ولو فعل ذلك بعمد، دون أمر سيده ضمنه، ولو كان ظنه حرًّا ومعلم الكتاب أو الصنعة، إن ضرب ما يعلم أنه للأدب؛ لم يضمن، وإن ضرب لغير أدب أو جاوز ضرب الأدب؛ ضمن كالطبيب.

وفي الزاهي لابن شعبان قيل: إن ضربه ضربة خفيفة؛ فديته إن مات منها على

عاقلته، وفي المجموعة روى ابن القاسم وابن وَهْب: من عمد لامرأته بفقء عين، أو قطع يد متعمدًا، أقيد منه، وإن ضربها بحبل أو سوط، فذهبت عينها أو غيرها؛ فلا قود وفيه العقل، ومن ادعى في فقء عين زوجته، أنه ضربها أدبًا، وقالت: عمدًا، ففي قبول قولها أو قوله، أول قولي سَحنون وثانيهما؛ فلا يكون عليه شيء.

ابن رُشْد: الأظهر أن يصدق ولا تصدق عليه؛ فيقتص منه، وتكون كشبه العمد يسقط القصاص، وتكون الدية في ماله، وفي الرجم: منها من أفاض زوجته البكر، ومثلها يوطأ، فماتت من جماعه، فإن علم ذلك؛ فديتها على عاقلته، وإن شانها، ولم تمت فما بلغ من ذلك ثلث ديتها؛ فعلى العاقلة، وما دونه في ماله.

عياض: إفاضتها خلط ما بين المسلكين بالوطء العنيف، وإن زنى بامرأة، فأفاضها؛ فلا شيء عليه إن طاوعته، وإن اغتصبها؛ فلها المهر وما شانها.

الشَّيخ عن الموازيَّة في ماله، وإن جاوز الثلث.

الصقلي: الفرق بين الزوجة والأجنبية طائعتين: أن طوع الزوجة واجب لا تقدر على منعه، والأجنبية يجب عليها منعه، يوضحها كما لو أذنت له أن يوطئها.

الشَّيخ: روى علي: إن ضرب معلم الكتاب والصنعة صبيًّا، ضرب الأدب فمات؛ فلا شيء عليه، وإن جاوز الأدب، أو ضربه لغير أدب؛ ضمن ما أصابه، ومن استأجر عبدًا في عمل غير ما أذن له فيه فعطب؛ ففي ضمانه كامل العطب في مثله، وإن كان مخوفًا ذا غرر.

قول ابن القاسم مع روايتها، وسماعه مع رواية ابن وَهْب، وقول ربيعة فيها، ورجحه ابن رُشْد، قيده بكونه ليس عادته استعمال ذلك العمل، ووجه قول ابن القاسم؛ بأنه أخطأ على سيده في استعماله ما يعطب في مثله، وإن لم يكن مخوفًا، وفارق من استأجر عبدًا من غاصب، فتلف في عمله؛ أن للسيد من يرجع عليه، وهو الغاصب، وليس له من يرجع عليه، إذا أجر العبد نفسه، وقياس هذا ضمانه، وإن كان لا يعطب في مثله، إلا أن يقال: هذا القدر من الفعل، يمكن أن يتصرف فيه العبد لو لم يؤاجر، فصار المستأجر له كأنه لم ينقله، وإنما استعمله في موضعه.

وقول ابن القاسم فيها: إن استعانته كإجارته؛ لا يضمنه، إلا فيما يعطب في مثله، خلاف قول ربيعة فيما يضمنه باستعانته فيما يبغي فيه الإجارة، وإن كان أذن له في الإجارة، وهو أظهر؛ لأنه لم يأذن له في هبة منافعه، ولو استأجر من ظنه حرًّا، ودفع له أجره، فاستحق برق، وقد أتلف الأجرة، ففي غرم المستأجر الأجرة ثانية لمستحقه ثالثها، إن لم تطل إقامة العبد بالبلد، ظاهر الحرية لعبد الحق عن بعض شُيُوخه، وقيد ابن رُشْد غرم الأجرة بكونها مثل قيمة العمل، ولو كان أقل أو أكثر تعينت القيمة.

قال عبد الحق: والغرم أقيس، وعدمه أشبه، بقولها: من أنفذت وصاياه، وبيعت تركته، ثم استحقت رقبته، وكان معروفًا بالحرية، أو غير معروف.

ابن رُشْد: هذا كما قال عبد الحق؛ أن القياس غرم الأجرة ثانية؛ لأن منافع العبد قد استهلكها، فوجب عليه غرم قيمتها، كمن اشترى طعامًا فأكله، أو ثوبًا فاستهلكه، ثم استحق لربه أن يضمن المبتاع قيمة ذلك لاستهلاكه إياه.

وفي الغصب منها: من استأجر ثوبًا، فاستعمله؛ أن لمستحقه أن يضمنه ما نقصه استعماله، وله على قياس ما ذكرناه أخذ قيمة استعماله، وسقوط كونه عدوانًا عصمة دم القتيل، واستحقاقه معينًا.

وفيها: إن قامت بينة على محارب، فقتله رجل قبل أن تزكى البينة، فإن زكيت؛ أدبه الإمام، وإن لم تزك قتل به، وفي سماع يحيى قال سَحنون: لا دية في قتل المرتد ولا قصاص.

ابن رُشْد: في لغو ديته وثبوتها كمجوسي، ثالثها كدية دين ردته لسَحنون، مع أحد أقوال أشهب، وللبرقي مع نقله عن أشهب وابن القاسم، ولسَحنون عن أشهب مع غيره عن ابن القاسم.

اللخمي: وكذا يختلف في قطع عضو له، قال محمد: لا شيء على من قتل زنديقًا.

اللخمي: وكذا الزاني المحصن والمحارب، ولا دية لهم إن قتلوا خطأ، وفي الموازيَّة: من قطع يد سارق خطأ فلا دية له.

وقال في موضع آخر: له ديتها، فعليه تجب الدية في هذين، إن قتلا خطأ، وإن قطع

لهما عضو يد أو رجل، أو فقئت عين؛ فلهما القصاص في العمد، والدية في الخطأ؛ لأن الحد إنما وجب في النفس لا في العضو.

الشَّيخ: قال عيسى: من اغتاظ من ذمي شتم النبي ﷺ فقتله، فإن كان شتمًا يوجب قتله، وثبت ذلك ببينة؛ فلا شيء عليه، فإن لم يثبت ذلك؛ فعليه ديته وضرب مائة وحبس عامًا.

وفيها: من قتل رجلًا عمدًا، فعدا عليه أجنبي، فقتله عمدًا؛ فدمه لأولياء القتيل الأول، ويقال لأولياء الثاني: أرضوا أولياء الأول، وشأنكم بقاتل وليكم، فإن لم يرضوهم؛ فلأولياء الأول قتله، أو العفو عنه، ولهم أن لا يرضوا بما بذلوا لهم من الدية، أو أكثر منها، وعزاه الشَّيخ لرواية ابن القاسم وابن وَهْب، وغيره في الموازيَّة والمجموعة.

قال: وقال مالك: في قاتل العمد يموت، أو يقتله أحد؛ فإنه لا طلب على الجاني؛ يريد الأول بدية أو غيرها، ولا في ماله، وكذا فاقئ العين، تذهب عينه أو تفقأ، وقاله أشهب.

قلتُ: وهو نص الموطأ، قال مالك: في الرجل يقتل الرجل عمدًا، أو يفقأ عينه عمدًا، فيقتل القاتل أو تفقأ عين الفاقئ، قبل أن يقتص منه؛ ليس عليه دية، ولا قصاص.

قال مالك: إنما له القصاص على صاحبه الذي قتله، فإذا هلك قاتله فليس له قصاص ولا دية.

أبو عمر: هذا على قول ابن القاسم، وروايته أن ولي القتيل ليس له إلا القصاص ليس مخيرًا فيه وفي الدية، وعلى رواية المدنيين أنه مخير بينهما، تكون له الدية إن شاء على القاتل الثاني، وإن شاء قتله، وذكر ابن شاس وتابعه ما في الموطأ عن رواية ابن عبد الحَكم دونه قصور، وذكر اللخمي ما في المدَوَّنة بزيادة: ولو قتل القاتل خطأ؛ فديته لأولياء القتيل الأول.

قال: وروى محمد إن قتل خطأ؛ فلا شيء لأولياء الأول، والأول أبين، ولم يختلف

أن لأولياء الأول أن يقتلوه، دون أولياء الثاني، وأن لهم العفو عنه على مال يكون لهم.

اللخمي: واختلف في قول مالك: إلا أن يرضي أولياء الثاني أولياء الأول، فقال ابن القاسم: إن بذلوا الدية لم يلزمهم قبولها، وإن أبوا أسلموا القاتل إليهم.

وقال ابن الماجِشُون في المبسوط: لولي الثاني أن يدفع الدية لأولياء الأول، ويقتص هو لنفسه، وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن أولياء الأول استحقوا دمه.

وفيها: إن قطع يد رجل عمدًا، فقطعت يد القاطع خطأ؛ فديتها للمقطوع الأول، وإن كان عمدًا؛ فللأول أن يقتص من قاطع قاطعه.

اللخمي: لابن القاسم في الموازيَّة: من قطع يد رجل من المنكب، فقطع رجل كفه، قيد للمقطوع الأول في قطع كف القاطع الثاني، ولا شيء له غير ذلك، وفي قطع قاطعه من المنكب فقط، ويخلى بين قاطعه، وقاطع كفه، وقال محمد: له قطع الشيئين منهما.

اللخمي: هذا أحسن؛ لأن الأول استحق جميع ذلك العضو.

قال ابن عبد السلام: في هذا بعد لأنه يقطع رجلين في موضعين مختلفين، ولم يتول قاطعه منهما غير واحد.

قلتُ: لا بعد فيه على أصل المذهب، في قطع أيدي جماعة بيد واحدة، والظالم أحق أن يحمل عليه.

وفيها: من قتل رجلًا عمدًا، فحبس للقتل، أو حكم بقتله، وسلم لأولياء القتيل ليقتلوه، فقطع رجل يده عمدًا أو خطأ؛ فله القصاص والعقل والعفو في العمد، لا شيء لولاة القتيل في ذلك، إنما لهم سلطان على من أذهب نفسه.

اللخمي: من قطع يد رجل عمدًا، أو قتل خطأ أو عمدًا؛ فصالح أولياؤه في العمد على مال، فقيل: لا شيء للمقطوعة يده؛ لأن الدية إنما أخذت عن النفس، وقال محمد: لمن قطعت يده حقه من ذلك الأول أبين.

وفيها: من قتل وليك عمدًا، فقطعت يده؛ فله أن يقتص منك، ولو قطعتها خطأ؛ حملت ذلك عاقلتك، ويستقاد له ما لم يقد منه، وتحمل عاقلته ما أصاب من الخطأ.

قلتُ: ظاهره أنه يقتص له قبل قتله، وانظر إن كان قصاص له من اليد يخاف منه الموت، لمرض الجاني الولي أو للفصل، هل يقتل ويؤخر القصاص لوارثه؟ أو يؤخر قتله لذلك؟ والأظهر الأول.

الشَّيخ في الواضحة لأَصْبَغ عن ابن القاسم: في القاتل يدفع لأولياء القتيل ليقتلوه، يقطع أحدهم يده، وآخر رجله، ثم قتلوه؛ لا يقاد منهم؛ لأن النفس كانت لهم ويعاقبون على ذلك.

قلتُ: ومقتضى تعليله بقوله: لأن النفس كانت لهم؛ أن لا قصاص في ذلك، ونحو ما في الواضحة ما في الموازيَّة أيضًا، وجزم ابن شاس، فقال: روى أَصْبَغ عن ابن القاسم: لا يقاد من أولياء الدم في القطع؛ لأن النفس كانت لهم.

الشَّيخ عن محمد: إن أقام الولي شاهدًا على قاتل وليه، فلم يقسم حتى عدا عليه، فقتله قبل القسامة قتل به، وليس له أن يقسم بعد قتله؛ لأنه يدرأ بذلك عن نفسه القتل، إلا أن يأتي بشاهد آخر، فلا يقتل.

قلتُ: في منعه من القسامة نظر؛ لأنها قد وجبت له، وليس قتله القاتل برافع لها، وكما لو ادعى شيئًا بيد رجل، وأقام عليه شاهدًا، ثم عدا عليه فأتلفه قبل الحلف مع شاهده.

وفيها: من وجب لهم الدم قبل رجل، فقتلوه قبل أن ينتهوا به إلى الإمام؛ فلا شيء عليهم غير الأدب، وفي الواضحة عن ابن الماجِشُون: إن قتل ابن القتيل قاتل أبيه، قبل تزكية البينة؛ فإن جرحت قتل الابن به، وإن عدلت؛ أدب بما افتات على الإمام.

وتقدم شرط إيجاب القود كون الجاني بالغًا عاقلًا، ولابن رُشْد في رسم العشور من سماع ابن القاسم: الصبي الذي لا يعقل ابن سنة ونصف ونحوها، لا خلاف أن حكمه في الجناية على الأموال والدماء، حكم المجنون.

وفي كون جنايتهم على الأموال في أموالهم، وعلى الدماء على عواقلهم، إلا ما دون الثلث، ففي أموالهم، أو هدرا فيهما ثالثها، الأموال هدر، والدماء خطأ؛ لسماع القرينين مع قول ابن القاسم في رسم مرض من طلاق السنة، وللموازية وسماع عيسى ابن

القاسم، ولا خلاف أن الصبي الذي يعقل؛ يضمن المال عمدًا وخطأ، وحكم عمده في الخطأ، وحكم الكبير المولى عليه فيهما كالرشيد.

ابن زرقون: هذا في الصبي الذي ينزجر، وأما ابن ستة أشهر ونحوها؛ ففعله جبار، وقاله ابن رُشْد، ونحوه للباجي معبرًا عنه بالرضيع.

وفي الأيمان والطلاق منها قتل السكران إن قتل، فأطلقه الصقلي وغير واحد.

وقال ابن رُشْد والباجي: هذا في المختلط الذي معه بقية من عقله، وأما الذي لا يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة؛ فلا خلاف أنه كالمجنون في كل أفعاله وأقواله، وتقدم هذا في الطلاق.

وفيها: المجنون الذي يفيق أحيانا، في حال إفاقته كالسليم.

الشَّيخ في المجموعة لابن القاسم: ما جنى المجنون في إفاقته من حد أو قتل، فلم يقم عليه حتى خنق آخر لإفاقته، الحد والقصاص، فإن أيس منه، فالعقل في ماله أو يقده، المغيرة: إن قتل عمدًا؛ أسلم للأولياء حاله، ولو ارتد، ثم خنق، لم أقتله حتى يصح؛ لدرء الحد بالشبهة.

وروى اللخمي: يخير الأولياء في تعجيل القتل، أو الدية من ماله، وإلا اتبعوه.

وفيها: أيقتل مسلم بكافر، إلا أن يقتله غيلة.

قلتُ: هو استثناء منقطع؛ لأنه بالحرابة قتل؛ لأن الغيلة حرابة، ولذا قال فيها: إن قطع يديه ورجليه غيلة، حكم عليه بحكم المحارب، ويقتل الكافر بالمسلم، وذوو الكفر سواء في القصاص بينهم المجوسي، والكتابي فيه.

الباجي: روى علي بقتل اليهودي بالمجوسي، ونقص الدية لغو، كالرجل بالمرأة، ولا يقتل حر بذي رق بوجه، ويقتل بالحر المسلم.

وفي جناياتها: قال مالك: يقتل العبد بالحر إن شاء الولي، فإن استحياه خير سيده في إسلامه، أو فدائه بالدية، وكذا يخير في فدائه بالدية في قتله خطأ، وتقدم في الاصطدام ذكر الخلاف، في كونها مؤجلة، وفي دياتها، إن قتل عبد حرًّا، فأتى ولاته عليه بشاهد، حلفوا خمسين يمينًا، ولهم قتل العبد إن شاؤوا، وليس لهم أن يحلفوا يمينًا واحدة

ليستحيوه، إذ لا يستحق دم حر إلا ببينة، أو حلف خمسين يمينًا، وجعل ابن عبد السلام تخيير ولي قتيل العبد، في قتله واستحيائه، جاريًا على أصل أشهب في جبر الحر على الدية، غير جار على أصل ابن القاسم فيه، وأجاب بأن جبر الحر على الدية يضر به؛ لأن له وارثًا قد ترجح مصلحته على نفسه، والمطلوب في مسألة العبد غير القاتل، وهو السيد، ولا ضرر عليه في واحد من الأمرين اللذين يختارهما الولي.

قلتُ: قوله: المطلوب في مسألة العبد السيد غير صحيح، ضرورة أن لا طلب عليه بحال، وقد يفرق بأن الحر يجبر على أمر يتكلفه، وهو الدية، والعبد لا يكلف بشيء، وبأن للولي حجة في العبد، وهي أنفته، أو يأخذ في دم وليه دم عبد، وهو لا يكافئه، وفي جناياتها القصاص بين المماليك، كما هو في الأحرار، ولو قتل مكاتب عبده؛ فلسيده أن يقتص منه في النفس والجراح.

اللخمي: للسيد الحق، إن أحب اقتص، أو أخذ العبد، إلا أن يفديه ربه، والمدبر والمكاتب، وأم الولد، والمعتق إلى أجل في القصاص مع من ليس فيه حرية سواء، واستحسن في المعتق بعضه، أن لا يقتص منه للحديث؛ أنه يرث بقدر ما عتق منه، ويعقل عنه بقدر ذلك، وفي سماع عيسى ابن القاسم في نصراني حر قتل عبدًا مسلمًا: قال فيه اختلاف، أرى قتله به، سَحنون: أرى عليه قيمته كسلعة.

ابن رُشْد: قوله: يقتل به معناه؛ إن شاء ذلك سيده، وله أن يضمنه قيمته اتفاقًا وإنما الخلاف في قتله به، وقتله به أظهر، وقاله أشهب في سماع عبد الملك.

قلتُ: وللخمي عن محمد عن ابن القاسم: أنه يضرب ولا يقتل به، زاد الباجي: وقاله أَصْبَغ، قال محمد: قال مالك: ليس بينهما قود في نفس ولا جرح؛ لأن في هذا حرية وفي هذا إسلامًا.

الباجي: ليحيى عن ابن القاسم: لا يقتل مسلم، وإن كان عبدًا بكافر، وإن كان حرًّا.

وفي الموطأ: في العبد يشهد بجرح اليهودي أو النصراني لربه؛ أن يعقل عنه، أو يسلمه، فيباع فيعطى اليهودي أو النصراني من ثمنه، أو ثمنه كله إن أحاط بثمنه، ولا

يعطى الكافر عبدًا مسلمًا.

الباجي: قوله: يعطى من ثمنه؛ يريد إن زاد ثمنه على العقل، أعطى منه قدر العقل، ابن مزين: سأل عيسى ابن القاسم عن قوله في هذه المسألة، أخطأ هو في الكتاب، قال ابن القاسم: وهو خطأ، وقد كان يقرأ عن مالك: فلا يغيره وإنما الأمر إذا أسلمه السيد، بيع فقط الكتاب جميع ثمن العبد، وإن زاد على الدية، وهو قول مالك، وما أنكره ابن القاسم، يحتمل أنه رواية عن مالك، ثم رجع إلى ما سمعه ابن القاسم منه وصوبه، وقوله آخر المسألة: ولا يعطى اليهودي ولا النصراني عبدًا مسلمًا، يمنع رواية ابن القاسم؛ لأنه إذا منع الإسلام أن يدفع إليه، فإنما يبيع على ربه ليوفي به الأرش.

وفيها مع غيرها: منع الأبوة والأمومة، إيجاب عمد ضرب الولد بما مات منه القصاص من أبيه أو أمه، فيها: إذا قتل الأب ابنه بحديدة، حذفه بها أو بغيرها؛ لا يقاد من يقاد من غير الوالد فيه، درئ عنه القود، والأم كالأب، وأب الأب كالأب، وكذا قطع شيء من أعضائه، وفي سماع ابن القاسم: ليس التغليظ في الجراح إلا في الأب.

ابن رُشْد: يريد: والأم إذ لا يفرق أحد بينهما في هذا، وظاهر قوله: لا تغليظ في جد ولا جدة، خلاف قولها تغلظ في الجد؛ يريد: والجدة من قبل الأم، فلا تغلظ على قولها في الجد للأم، ولا في الجدة أم أبي الأم، ولا أم أبي الأب، وهو قول أشهب.

وقول ابن الماجِشُون: تغلظ في الأجداد والجدات كلهم، لأب أو لأم، وهو قول سَحنون في نوازله من كتاب الأقضية، وعن ابن القاسم، مثل قول ابن الماجِشُون، وروي أنه وقف في الجد للأم، وكلما ثبت التغليظ انتفى القصاص، وكلما انتفى ثبت القصاص، في العمد الذي ليس يشبه العمد، وإن لم يعمد للقتل، لا خلاف أنه لا يقتص من واحد منهم، فيما هو من شبه العمد، كضربه بعصا فيموت بذلك، أو بسوط فيفقأ عينه، وشبه ذلك.

وفيها لمالك: لو أضجع ابنه فذبحه، أو شق بطنه، أو صنعت ذلك والدة بولدها؛ ففيه القود، وأكثر الأشياخ لم يذكروا في القصاص هذا خلافًا.

وقال الباجي: إن أضجعه فذبحه، أو شق بطنه، وهذا الذي يسميه الفقهاء قتل

غيلة.

فقال مالك: يقتل به، وقال أشهب: لا يقتل به بحال، وتبعه ابن الحاجب، ونقله ابن القُصَّار عنه، كذا وجدته في اختصار عيون المجالس، في المسائل للقاضي عبد الوهاب.

وقال ابن حارث: اتفقوا في الرجل يضجع ابنه ويذبحه، ويثبت ذلك عليه ببينة أو بإقراره؛ أنه يقتل به، واختلفوا إذا قال: أضجعني أبي وذبحني ومات، فقال ابن القاسم: يقتل به بعد القسامة، سمعه يحيى، وقال أشهب: لا يقتل به في مثل هذا.

قلتُ: لم يحك ابن رُشْد قول أشهب بحال، وحكاه الشَّيخ بلفظ، قال أشهب: لا يقتل في العمد والد ولا والدة بالقسامة، قال: وقال ابن سَحنون عنه في قول ابن القاسم: إذا قال: ذبحني أبي؛ أنه يقسم مع قوله ويقتل، كيف يقبل قول من هو في عداد الموتى، إلا أن يكون ذبحه وبقيت أوداجه، وفي سماع القرينين: من فجرت فولدت ولدًا، فألقته في بئر، إن كانت كثيرة الماء أو في البحر؛ قتلت به.

ابن القاسم: إن ألقته في بئر يابسة يقدر على أخذه منها؛ لم تقتل به.

وفيها: من تعمد ضرب بطن امرأته؛ ففيه القصاص بقسامة، إذا تعمد ضرب بطنها خاصة.

الصقلي: روى ابن القاسم: لو قتل الأب ورجلان ابنه عمدًا؛ قتل هذا الأب والرجلان، وإن كان بالرمية والصدمة؛ لم يقتل به الأب، قال عبد الملك: وعليه ثلث الدية معناه: ويقتل الرجلان، وذكر ابن شاس شركة الأب في قتل ابنه، قال: وسقط القود عن الأب لمعنى فيه، لا في القتل، ألا ترى أن مكره الأب على قتل ابنه يقتل؛ لأن فعله منقول إليه، وعبر عنه ابن الحاجب بقوله: ولذا قتل مكره الأب دونه.

قلتُ: في النوادر قال ابن سَحنون عنه: لو أكره المصر رجلًا على قتل ابنه أو أخيه، ولا وارث له غيره بوحيد يقتل؛ ففعل أنه لا يرث من ماله، ولا من ديته شيئًا؛ لأنه غير مباح له قتله، ولا يخرجه ذلك عند بعضهم من القود، ثم قال: لو أن الأب أكره رجلًا على قتل ابنه، وهو يعقل فقتله، فقال أصحابنا: القود على القاتل، ولا يرث الأب من

الابن شيئًا، ولا قود على الأب.

قلتُ: وكذا الأب يجرح ولده، أو يقطع شيئًا من أعضائه، بحال ما صنع المدلجي؛ فإن الدية تغلظ فيه.

الشَّيخ عن المجموعة: تغلظ في الجرح عند مالك، وإن كان ذكر عنه غير ذلك، فالثابت من قوله: وما عليه أصحابه التغليظ، إلا أن يكون عمدًا لا شك فيه، قال ابن القاسم وأشهب: مثل أن يضجعه فيذبحه، أو يدخل أصبعه في عينه تعمدًا لفقئها، ابن شاس: إذا ثبت القصاص؛ فإنما ذلك إن كان ذو الدم، غير ولد الأب، مثل العصبة، قاله في الموازيَّة، ابن الحاجب: شرط القصاص على الأجداد، أن يكون القائم بالدم غير ولد الأب.

قلتُ: عبر عنه في آخر فصل القصاص بقوله: يكره قصاص الابن من أبيه، وهو نص دياتها، إن كان ولي الدم ولد القاتل، فذكره مالك القصاص منه، وقال: يكره أن يحلفه في الحق، فكيف يقتله، وفسر ابن عبد السلام الكراهة بالتحريم، وفيه نظر، لقول قذفها استثقل مالك أن يحد لولده، قال ابن القاسم: إن قام بحقه حد له.

وفيها مع غيرها لغو فضيلة الذكورية والعدد والعدالة، ولو بقول فاسق: قتلني فلان، والشرف وسلامة الأعضاء، وصحة الجسم لحديث: «**المسلمون تتكافأ دماؤهم**»، وفي دياتها إن قتل الصحيح سقيمًا أو أجذم أو أبرص، أو مقطوع اليدين والرجلين عمدًا؛ قتل به، وإن اجتمع نفر على قتل امرأة أو صبية عمدًا؛ قتلوا بذلك.

قلتُ: وقفت في كتاب الاستشفاء لابن العربي، أن إمام الحرمين نقل عن مالك: أنه لا يقتل منهم إلا واحد بالقرعة، قال: وهو وهم.

قلتُ: لولا قوله بالقرعة؛ لحمل قوله على ثبوت القتل بقسامات.

ونص التكافؤ في أثر القتل **لغو:** سمع عيسى ابن القاسم: إن أسلم النصراني بعد قتله نصرانيًّا؛ قتل به، وأخبرني يحيى عنه: إن لم يكن للقتيل ولي إلا المسلمون؛ فالعفو عنه أحب إلي من قتله.

ابن رُشْد: ظاهر رواية عيسى قتله، ولو لم يكن للقتيل ولي إلا المسلمون، وهي

رواية ابن نافع، وعليه لا يجوز للإمام أن يعفو عنه، إن كان له مال على غير شيء، ويجوز له صلحه على مال دون الدية، على القول بعدم جبره عليها، وعلى القول بجبره لا يجوز إن كان مليًا بها، وعلى سماع يحيى: يجوز عفوه مجانًا؛ لأنه استحب العفو عنه لحرمة الإسلام، بخلاف المسلم يقتل مسلمًا لا ولي له إلا المسلمون؛ لا يجوز عفو الإمام عنه مجانًا؛ لأنه ناظر للمسلمين فهو كالوصي على الصغير، لا يجوز عفوه عن دم أبيه مجانًا، ويجوز عفوه نظرًا لليتيم، ابن حارث: إن أسلم كافر بعد قتله كافرًا، فأكثر أصحاب مالك يقتل، وقال محمد بن عبد السلام: لا يقتل؛ لحديث لا يقتل مؤمن بكافر.

الشَّيخ: لابن سَحنون: قال ابن القاسم: إن أسلم نصراني بعد أن جرح فمات؛ فيه دية حر مسلم في مال الجاني حالة، أشهب: إنما عليه دية نصراني، إنما أنظر لوقت الضربة لا للموت، ألا ترى لو قطع مسلم يد مسلم، ثم ارتد المقطوعة يده، فمات مرتدًّا، أو قتل؛ أن القصاص في قطع اليد ثبت على الجاني، وليس لورثته أن يقسموا على الجاني فيقتلوه؛ لأن الموت كان وهو مرتد، ولو أسلم الحربي في يد سيده المسلم، ومات عبدًا، فلا قصاص على الذمي في النفس؛ لأنه مات عبدًا، ولورثته القصاص في يده.

ولو كان جارحه مسلمًا؛ فعليه دية نصراني، ثم تكون الدية على ما ذكرنا من الاختلاف فيها، ولو عتق بعد إسلامه؛ فورثته بالخيار، إن أحبوا قطع يد النصراني، وإن أحبوا القصاص في النفس، أقسموا لمات من جرحه، ثم قتلوه في قول غير ابن القاسم.

وإذا جنى مسلم على نصراني، فتمجس النصراني، ثم نزي في جرحه فمات؛ فعليه دية نصراني، في قول أشهب، ودية مجوسي، في قول ابن القاسم: ولو كان مجوسيًا ثم يهوديًّا، فعلى قول أشهب: دية مجوسي، وعلى قول ابن القاسم: دية يهودي، وهو قول عبد الملك.

ولو جرح مسلم مسلمًا، فارتد المجروح، ثم نزي فيه فمات؛ فاجتمع الناس على أن لا قود؛ لأنه صار إلى ما أحل دمه، والذمة لم يصر بها إلى ما يحل دمه.

قلتُ: وتقدم لأشهب: أن القصاص في الجرح ثابت، ولابن سَحنون عنه إن رمى عبد رجلاً بسهم، فعتق قبل وصول السهم؛ فالجناية في رقبته؛ لأنه عبد حين الرمية،

فجعل الحكم لخروج الرمية.

قال: وإن رمى مسلم مرتدًّا، فأسلم قبل وصول الرمية فقتلته أو جرحته؛ فلا قصاص على الرامي؛ لأنه رمى في وقت لا قود فيه ولا عقل، وعليه في قول ابن القاسم: إن مات؛ الدية حالة في ماله، وإن لم يمت، فدية الجرح في ماله، قالا: لأنه لو جرح وهو مرتد، ثم نزي في جرحه، فمات بعد أن أسلم؛ أن ولاته يقسمون لمات منه، وتكون ديته في ماله، ألا تراه لو رمى صيدًا، وهو حلال، فلم تصل إليه الرمية حتى أحرم، ثم وصلت إليه فقتلته؛ أن عليه جزاؤه، واختلفوا في دية هذا المرتد.

فقال بعض أصحابنا: دية الدين الذي ارتد إليه، وقال ابن القاسم وسَحنون: دية مسلم، وكذا لو كان المرمي نصرانيًّا، فأسلم قبل وصول الرمية لا قصاص، وفيه دية مسلم.

في قول ابن القاسم وفي قول أشهب: ديته دية نصراني، وينبغي على قوله: لو كان مرتدًّا فأسلم قبل وقوع الرمية، أن لا قود فيه ولا دية، وقاله سَحنون: في عبد رمى رجلًا، ثم أعتق قبل وصول الرمية، أن جنايته جناية عبد، وقال أصحابنا: أجمع في مسلم قطع يد نصراني، ثم أسلم، ثم مات؛ لا قود فيه على المسلم، إن شاء أولياؤه أخذوا دية نصراني، وإن أحبوا أقسموا، ولهم دية مسلم في مال الجاني حالة في قول ابن القاسم وسَحنون.

وقال أشهب: دية نصراني، لأني أنظر لوقت الضربة، قال سَحنون: وإن قطع يد رجل يد عبد، ثم عتق، ثم ارتد، ثم مات بجرحه؛ لا شيء على القاطع؛ لأنه صار مباح الدم يوم مات، وفي قوله: الأول عليه لسيده ما نقصته الجناية.

واختصره ابن الحاجب فقال: لو زال التكافؤ بين حصول الموجب، ووصول الأثر، كعتق أحدهما أو إسلامه بعد الرمي، وقبل الإصابة، أو بعد الجرح، وقبل الموت، فقال ابن القاسم: المعتبر في الضمان حال الإصابة، وحال الموت، كمن رمى صيدًا، ثم أحرم، ثم أصابه؛ فعليه جزاؤه، وقال أشهب وسَحنون: حال الرمي، ثم رجع سَحنون، وأما القصاص؛ فبالحالين معا.

قلتُ: ظاهره أن المستدل بمسألة الصيد ابن القاسم، وظاهر ما تقدم من لفظ النوادر، قالا بضمير التثنية أنه من كلام سَحنون وابن القاسم.

الشَّيخ: عن ابن سَحنون عنه: إن قطع رجل يد عبد خطأ، ثم عتق، ثم قطع آخر رجله خطأ، ثم مات من الجرحين؛ فقلت مع ابن القاسم: يقسم ورثته لمات من الجرحين، وديته على عاقلتي الجارحين أنصافًا، في ثلاث سنين، وإن لم يقسموا، فعلى الثاني نصف الدية في ثلاث سنين، وعلى الأول ما نقصه الجرح يوم الجناية وهو عبد، إن كان أولياؤه من أعتقه، وإن كان له ورثة؛ فأرش نقصه لسيده، ولو كانت الجناية الأولى عمدًا، والثانية خطأ، فلورثته أن يقسموا عليهما، فيأخذوا من الأول نصف دية حر في ماله حالة، ومن عاقلة الثاني نصفها في سنتين، وإن شاءوا قسموا لمات من الثاني، وأخذوا الدية من عاقلته، ومن الأول ما نقص الجرح من العبد يوم جرحه.

فإن كان له ورثة أخذ قيمة الجرح السيد، قال: وإن كان جرح الأول خطأ، والثاني عمدًا بعد أن عتق، فإن أقسموا على الأول؛ أخذوا دية حر من ماله حالة، واقتصوا من الثاني، وإن لم يقسموا إلا على الثاني؛ فلهم قتله، ولهم على الأول ما نقصه الجرح من ماله، إن كان ولاته من أعتقه، وإن كان له ورثة؛ فأرش الجرح للسيد.

قلتُ: أليس هذا مثل ما أنكرت على الشافعي، من الحكم في نفس بقتل وأرش، قال: لأن هذين جانيان، وذلك جان واحد، قال: ولو كان الجرحان عمدًا؛ فلهم أن يقسموا لمات من الأول، ويأخذوا من ماله دية حر، ويقتصوا من الثاني، ولو أقسموا عليه قتلوه، ولهم ما نقص جرح الأول، إن كان ولاته من أعتقه، وإلا فأرش نقصه لسيده.

قال: ولو قطع رجل يد العبد، ثم عتق، فقطع آخر رجله، ثم آخر يده الأخرى، ثم نزي في ذلك فمات؛ فإن كانت جنايتهم خطأ، أقسم ولاته لمات من كلها، وعلى عاقلة كل واحد ثلث الدية في ثلاث سنين، وإن لم يقسموا؛ أخذوا من عاقلة كل من الجانيين بعد الأول نصف الدية، وعلى الأول ما نقصه يوم الجناية للسيد، وإن كانت الجنايتان بعد العتق عمدًا؛ فلهم أن يقسموا على أحدهما، ويقتلوه ويقتصوا من الآخر الذي

جرحه، وعلى الأول ما نقصه جنايته يوم جنى السيد، وإن شاء ولاته من أعتقه أو ورثته، أن يقسموا لمات من جناية الأول، وأخذوا من ماله دية حر حالة، واقتصوا من الثاني والثالث، وإن كانت الأولى والثانية خطأ، والثالثة عمدًا، وأولياؤه عصبة؛ فلهم أن يقسموا على الثالث ويقتلوه، ولهم على عاقلة الثاني نصف دية حر في سنتين، وللسيد على الأول ما نقصه، وإن شاءوا أقسموا لمات من الأول والثاني، وأخذوا من عاقلتيهما الدية، نصفها من كل عاقلة في ثلاث سنين، واقتصوا من الثالث.

وإن كانت الجنايات الثلاث عمدًا؛ فلهم أن يقسموا لمات من الأولى التي في رقه، وأخذوا من ماله دية حر حالة، واقتصوا من الجنايتين بعد حريته، ولهم أن يقسموا على أحد الجانبيين في حريته، فقتلوه واقتصوا من الآخر، ولمعتقه على الأول ما نقصه، وإن لم يقسموا على أحد، فلهم القصاص من الجانبيين بعد حريته، وللسيد في الأولى ما نقصه.

قلتُ: ضابطه كلما تعددت ضربات، لا من فاعل واحد تعقبها موت، بعد عتق قبل بعضها، فلأوليائه أن يقسموا لمات من كلها أو من بعضها معينًا، ففيما أقسم على الموت منه خطأ، ديته على عاقلة فاعله، إن كان الخطأ بعد عتقه، ولو من غير المقسم عليه، وإلا ففي ماله، لاعتبار كونه ممن تحمل العاقلة، عقله في الجملة أو ليس منه، لاعتبار احتمال الرقبة، فإن تعددت، قسمت على عواقلهم وعمدًا، والضرب قبل عتقه في مال ضاربه حالة، وفيما لم يقسم على الموت منه، والضرب قبل عتقه، أرشه لسيده، وفيما أقسم عليه بعد العتق، كالحر خطأ وعمدًا، أو فيما لم يقسم عليه منه، كالجناية عليه بذلك حرا.

[باب في القطع والكسر والجرح وإتلاف منفعة من الجسم]

ومتعلق الجناية غير نفس: إن أبانت بعض الجسم فقطع، وإلا فإن أزالت اتصال عظم لم يبن فكسر، وإلا فإن أثرت في الجسم فجرح، وإلا فإتلاف منفعة[1] فالقصاص في الأطراف، كالنفس إلا في جناية أدنى على أعلى، فلو قطع عبد أو كافر حرًّا مسلمًا؛ فطرق الباجي مشهور مذهب مالك؛ لا قصاص، وتلزم الدية، وروى القاضي في قطع الكافر المسلم، يجتهد السلطان، ويحتمل هذه الرواية القود.

اللخمي: قال مالك: لا قصاص، وروى ابن القُصَّار القصاص، قال: وهو القياس، وروى العُتْبِيّ يمنع في العبد، ويجوز في النصراني، وقال ابن نافع: المسلم بالخيار في القصاص والعقل، وهو أحسن، وكذا في العبد.

وفي سماع القرينين: هل النصراني كالعبد يجرح المسلم، لا قود بينهما؟، قال: العبد قد يؤخذ أحيانًا في ذلك، والنصراني لا يؤخذ، فهو تسليط على المسلم يفقأ عينه، ويعطيه دراهم لعينه أهل دينه، أرى أن يجتهد السلطان في ذلك، قيل: أيقاد منه؟ قال: ما أدري، سَحنون: قال ابن نافع: المسلم بالخيار في القود والأرش.

ابن رُشْد: وقف مالك في ذلك، وصرف ذلك إلى اجتهاد الإمام، إن رأى أن يمكنه من القصاص مكنه، وإن رأى منعه، والحكم بالأرش؛ فعل ذلك، وصرفه إلى اجتهاده، يدل على، أن كل مجتهد مصيب عنده، ولابن عبد الحكم مثل قول ابن نافع وقال: له الدية، ولا قود بينهما، فالخلاف إنما هو إن أراد المسلم القصاص، وعلى قول

---

(1) قال الرَّصاع: هو تأثير الجناية في غير الجسم هذا كله ظاهر، وقد أشار إليه: في تقسيم متعلق الجناية، انظره.

والمقصد من ذلك أن القصاص في الأطراف كالقصاص في النفس إلا في جناية أدنى على أعلى، كما إذا قطع عبد يد حر فالمشهور لا قصاص، وتلزم الدية انظره، وفيه مسائل باب في أسماء الجراح، وتفسيرها هذه الألقاب ظاهرة فيها، وأصلها من كلام عياض: فلا نطيل بها.

ابن نافع: للحر أن يقتص من العبد في الجراح كالقتل.

قلتُ: ظاهر قوله: لا أدري الوقف لا بقيد صرفه إلى الإمام.

قال ابن شاس في رواية: يجتهد السلطان، قال أصحابنا: تحتمل هذه الرواية وجوب القود، قالوا: وهو الصحيح، قال الأستاذ أبو بكر: وهذا كما قالوا.

قلتُ: ففي وجوب العقل أو القود، ثالثها: في الكافر يجتهد الإمام، ورابعها الوقف فيه، وخامسها الأول في العبد لا الكافر، وسادسها يخير المسلم، وعزوها واضح، وفي دياتها إن قطع جماعة يد رجل عمدًا؛ فلهم قطع أيديهم كلهم، كالقتل والعين كذلك.

قلتُ: ويتخرج فيها ما حكاه ابن العربي، عن إمام الحرمين في مسألة قتل الجماعة الواحد.

الشَّيخ في المجموعة، وأراه عن عبد الملك: لو قطعه مسلم ونصراني عمدًا؛ قطع المسلم، ونصف العقل في مال النصراني، مع الأدب، ولو قطعه أربعة مسلمون، أحدهم خطأ؛ قطعت أيدي الثلاثة، وعلى المخطئ ربع ديتها في ماله، وذكر ابن القُصَّار مسألة الكتاب، بقيد كونهم قطعوا يده كلهم دفعة.

فعبر ابن شاس عن ذلك بقوله: تقطع الأيدي بالواحدة، عند تحقق الشركة، بأن يضعوا السكين على اليد، ويتحاملون كلهم عليها حتى تبين، فلو تميزت الجنايات، بأن يقطع أحدهم بعضًا، ويبينها الآخر، أو يضع أحدهما السكين من جانب، ويضع الآخر السكين من الجانب الآخر، حتى يلتقيا، فلا قصاص على كل واحد منهما في جميع اليد، ولكن يقتص من كل واحد بمساحة ما جرح، إذا عرف ذلك، ابن عبد السلام: لو قطع أحدهما نصف اليد، وابتدأ الثاني القطع من حيث انتهى الأول، وقطع باقيها؛ فإن السكين توضع في قصاص الثاني، في غير الموضع الذي ابتدأ هو به فتأمله.

قلتُ: هذا لا ينفي التماثل؛ لأن الجاني إنما ابتدأ القطع في طرف، وكونه كان وسطًا طردي، وفي القصاص منه إنما ابتدئ القطع فيه من طرف، وفيما فسر به ابن شاس قول ابن القُصَّار نظر؛ بل مقتضى المذهب، أنه منهما ثبت تعاونهما على القطع، وجب قطعهما

فلو حبسه أحدهما لمن يعلم أنه يقطعه فقطعه قطعًا، وقد شبهها في المَدَوَّنة باجتماعهما على القتل.

وقال في كتاب المحاربين: إن ولي بعض الجماعة قتل رجل، وباقيهم عون له قتلوا به قصاصًا، وفي الجراح ما قبل الهاشمة القود.

عياض: أولها لغة الحارصة بحاء وصاد مهملتين؛ هي ما حرص الجلد أي: شقه وهي الدامية؛ لأنها تدمي، والدامعة بعين مهملة؛ لأن الدم يدمع منها، وقيل الدامية أولًا؛ لأنها تخدش فتدمي، ولا تشق الجلد، ثم الحارصة؛ لأنها شقت الجلد.

وقيل هي السمحاق، كأنها جعلت الجلد كسماحيق السحاب، ثم الدامعة؛ لأن دمها كالدمع، ثم الباضعة، وهي التي أخذت في اللحم وبضعته وهي المتلاحمة، وقيل المتلاحمة بعد الباضعة؛ لأنها أخذت في اللحم في غير موضع، ثم الملطا بالقصر، ويقال ملطاة بالهاء، وهي ما قرب من العظم، وبينها وبينه قليل من اللحم، وقيل هي السمحاق، ثم الموضحة؛ وهي التي كشفت عن العظم.

وفيها حد الموضحة ما أفضى إلى العظم، ولو بقدر إبرة، وعظم الرأس محلها كل ناحية منه سواء، وحد ذلك منتهى الجمجمة، لا ما تحتها؛ لأنه من العنق وموضحة الخد كالجمجمة، وليس الأنف، واللحي الأسفل من الرأس في جراحها؛ لأنهما عظمان منفردان.

عياض: ثم الهاشمة ما هشمت العظم، ثم المنقلة ما كسرته، فيفتقر لإخراج بعض عظامها لإصلاحها، وتختص بالرأس المأمومة؛ وهي التي أفضت إلى أم الدماغ، وتختص بالجوف الجائفة؛ وهي التي نفذت إليه.

الباجي عن أشهب: لو أطار أنفه بضربة، ونفذت إلى دماغه؛ ففي ذلك دية وثلث؛ يريد ما وصل للدماغ، حيث كان، فهي مأمومة، وفي التلقين، ويقال في المأمومة الأمة.

وفيها: المنقلة ما أطار فراش العظم، وإن صغر، والمأمومة؛ ما أفضى إلى الدماغ ولو بمدخل إبرة، ولا تكون إلا في الرأس، والجائفة ما أفضى إلى الجوف، ولو بمدخل إبرة.

وفيها لابن القاسم: لا قصاص في هاشمة الرأس؛ لأني لا أجد هاشمة في الرأس إلا كانت منقلة.

قال اللخمي في ترجمة القصاص: من العظم، وقال أشهب: عند محمد في الهاشمة القود، وقال في ترجمة عقل الموضحة والمنقلة: اختلف في الهاشمة، قال ابن القاسم: لا قود فيها، وقال أشهب: يقاد منه، موضحة إن لم ينقل الأول.

محمد: هذا صواب، إن كان بدأ جرح الأول موضحة، ثم تهشمت، وإن كانت الضربة هشمتها؛ فلا قود؛ يريد: إذا رضت اللحم، وهشمت ما تحتها من العظم، ولو كان ذلك بسيف أو سكين، شقت اللحم، وبلغت العظم، ثم هشمته؛ فله القود من موضحة؛ لأن الجارح لو وقف لما بلغ العظم، كانت موضحة، وإن نقلت بعد الهشم، كان فيها دية المنقلة، ويختلف إذا أحب أن يستفيد من موضحة، فذلك له عند أشهب، لا عند ابن القاسم.

وفيها: لا قود في المنقلة.

اللخمي: روى القاضي فيها القود.

قلتُ: وحكاها ابن الجلاب.

وفيها: مع غيرها، لا قود في المأمومة والجائفة.

وفيها: لمالك: في عظام الجسد القود كالهاشمة، وفي كسر الزندين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين والكفين والترقوة.

محمد: وفي كسر الأنف.

وفيها: لا في المخوف، كالفخذ وشبهه، وكسر العظم، كعظام الصدر، إن كان مخوفًا، كالفخذ فلا قود فيه، وإن كان مثل اليد فالقود.

الشَّيخ: عن ابن عبدوس: لا قود في عظام الصدر، وقاله أشهب، وقال مع ابن القاسم: ولا في عظام العين، وفي القود من الظفر روايتان لها ولغيرها، بناء على أنه كالعظم أو كالشعر لها ولغيرها.

محمد: القود أحب إلي، ابن عبدوس عن المغيرة: لا قود في كسر الصلب، ابن

زرقون: ربيعة يرى القود في كل جرح، ولو كان متلفًا، وقال محمد بن عبد الحَكم: القود في كل جرح، وإن كان متلفًا، إلا ما خصه الحديث بالمأمومة والجائفة، ويقتص من كل ما ليس بمتلف، تتحقق منه المماثلة اتفاقًا، والمشهور لا يقتص من متلف، وما ليس بمتلف، ولا تتيقن فيه المماثلة ضربان، ضرب لا تتأتى فيه المماثلة لا قصاص فيه، كبياض العين، وضرب تتأتى فيه المماثلة؛ والغالب نفيها ككسر العظام، حكى القاضي فيه روايتين.

قلتُ: وللباجي عن أشهب: أجمع العلماء أن لا قود في المخوف، قال محمد: وأجمعنا أن لا قود في عظام العنق، والفخذ والصلب، وشبه ذلك من المتالف، وقال عبد الملك: لا قود في العنق، يصاب بعضها، قل أو كثر، بأنه لا يوقف له على حد، إلا أن تضاف كلها.

وفيها: لمالك: وفي الصلب الدية، ابن القاسم: كل كسر خطأ بريء، وعاد لهيئة، لا شيء فيه؛ إلا أن يكون عمدًا يستطاع فيه القود، فإنه يقتص منه، وإن كان عظمًا، إلا في المأمومة والجائفة والمنقلة، وما لا يستطاع القود منه، فليس فيه شيء من القود، إلا الدية في عمد ذلك، مع الأدب.

قلتُ: يريد إن لم يعد لهيئته.

الصقلي عن محمد: كل كسر يبرأ ويعود لهيئته؛ فلا شيء فيه؛ لأنه متلف لا قصاص في عمده، فهو كالخطأ، قال فيه.

وفي المدَوَّنة: كل كسر يبرأ ويعود لهيئته؛ فلا شيء فيه إلا أربع جراحات: الجائفة والمأمومة والمنقلة والموضحة، إلا أن يكون عمدًا، يستطاع القود منه، فإنه يقاد منه، وإن كان عظمًا.

وفيها: ما برئ على شين، مما لا شيء فيه إن برئ على غير شين، يأتي حكمه في الصلب يبرأ على شين.

وفيها: القود في اليد والرجل والعنق والأنف والأذن والسن والذكر.

وفيها: ليس في جفون العين وأشفارها، إلا الاجتهاد.

قلتُ: والقود منهما مندرج في قولها والباضعة، وشبهها مما يستطاع منه القود فيه القود.

الباجي عن أشهب: في أشفار العينين القود، قال: وحجاج العين؛ هو العظم المستدير حول العين، يقال: هو الأعلى الذي تحت الحاجب، وفي التهذيب: ليس في جفون العين وأشفارها، إلا الاجتهاد، وفي حلق الرأس، إن لم ينبت الاجتهاد، وكذا اللحية، وليس في عمد ذلك قصاص.

قلتُ: لم أجد هذا اللفظ ولا معناه في المدَوَّنة، وفهم بعضهم منه عدم القود في جفون العين، ونص ابن شاس على القود فيهما حسبما قدمناه، وفي الجلاب في أجفان العين وحواجبهما حكومة.

اللخمي: على قول مالك في السن، تسود الدية تكون في الجفون الدية.

وفيها: وفي الشفتين واللسان، إن لم يكن متلفًا، ومثله للشيخ عن رواية ابن القاسم في المجموعة وفي الموازيَّة، قال أشهب: لا يقاد منه، وقاله مالك.

وسمع القرينان: من قطع من لسان رجل، ما منعه بعض الكلام، أحب إليَّ أن لا يقاد منه، ولم أسمع أنه أقيد منه، ولا أرى أن يقاد منه، أخاف أن تسرع الحديدة، فيذهب كلامه.

ابن رُشْد: قوله: لا يقاد منه، خوف أن تسرع الحديدة، فيذهب كلامه؛ يريد: أو يذهب أكثر مما ذهب من المجني عليه أو أقل، يبين مذهبه في المدَوَّنة؛ لأنه قال فيما يقاد منه: إن كان يستطاع ولا يخاف منه؛ فبين هنا أن ذلك لا يستطاع، وقال أشهب: أنه مخوف.

قلتُ: ما ذكره من التعليل في السماع، لعدم القود؛ إنما هو في الجناية على بعضه، ولا يتناول ذلك منع القود من جميعه، ولو استدل على منع القود من جميعه، بقوله في السماع: ولم أسمع أنه أقيد منه؛ لكان أبين، وفي الزاهي: في القود منه، إن لم يكن متلفًا خلاف.

وفيها: قيل فإن أخرج الأنثيين، أو رضهما عمدًا، قال: قال مالك: فيهما القصاص

ولا أدري ما قوله في الرض، إلا أني أخاف أنه متلف، فإن كان متلفًا؛ فلا قود، وكذا كل متلف، واختصرها أبو سعيد بلفظها، لعدم جوابه عن إخراجها.

وقال الشَّيخ: قال أشهب في المجموعة والموازيَّة: إن قطعتا أو أخرجها؛ ففيهما القود لا في رضها؛ لأنه متلف، وفي الشفتين القود، لاندراجهما في عموم ما ليس بمخوف، وحكم ديتهما مع الأنثيين في الديات.

وفيها: لا قود في اللطمة، ابن القاسم: وفي ضربة السوط القود، سَحنون: وعن مالك: لا قود فيه كاللطمة، وإن قطع بضعة من لحمه ففيه القود.

قلتُ: يريد بشرط المماثلة محلًّا وقدرًا.

الشَّيخ عن المجموعة: قال أشهب: لا قود في اللطمة، ولا الضربة بالسوط، أو بالعصا، أو بشيء من الأشياء، إن لم يكن جرح؛ لأنه لا يعرف حد تلك الضربة، والضرب من الناس مختلف، وفي دياتها إن أوضحه موضحة عمدًا، فذهب بها سمعه وعقله، أقيد من الموضحة بعد البرء، فإن برئ الجاني ولم يذهب سمعه وعقله بذلك؛ كان في ماله دية سمع الأول وعقله، وقد يجتمع في ضربة واحدة قود وعقل، ولو قطع أصبعه عمدًا، فشلت بذلك يده، أو أصبع أخرى اقتص من الجاني؛ فإن برئ، ولم تشل يده؛ عقل ذلك في ماله.

قال مالك: هذا أحب ما في ذلك إلي من الخلاف، ومثله للشيخ عن ابن القاسم وأشهب في المجموعة، قال أشهب في الموازيَّة: دية ذلك على العاقلة، وكذا لو ترامت إلى ذهاب يد أو رجل.

قلت لمحمد: قد قلت عنهما فيمن قطع أصبع رجل، فشلت يده، واقتص من الجاني، ولم تشل يده؛ دية بقية اليد في ماله.

قال ابن القاسم وعبد الملك وأَصْبَغ: يجعلون غايتنا من إليه العمد، ما بقي منه بعد القصاص في ماله؛ لأن العمد جره.

وقال أشهب: إن تناهى إلى مزيد فيه نفسه، مثل أن لو كان خطأ، لم تكن فيه دية جرحين؛ بل دية جرح واحد، وهو الأكثر، فهذا ما تأسى إليه في ماله، وما يتأسى إلى

جارحة أخرى يكون على عاقلته، كالعمد الذي لا يقدر على القصاص منه، وهو في الجاني قائم.

محمد: وأحب إلينا أنه في ماله؛ لأن العمد جره، ولو كان على ما قال، لكان إذا ترامى إلى النفس، كان على العاقلة، ولم يقله أحد، ولابد فيه من القصاص؛ يريد بقسامة؛ لأن أصله عمد.

وقاله أشهب، وفي المجموعة لأشهب: إن شجه مأمومة، تنامت لذهاب عقله وسمعه وبصره، وغير ذلك، ولو إلى عشر ديات، فله دية كل واحد ما بقيت النفس، فإن ذهبت النفس، فليس فيه إلا دية واحدة.

المغيرة: إن ذهب بالمأمومة عقله، فله الدية في العقل، وثلثها في المأمومة، وكذا إن سقط شقه منه؛ فله عقل ما أصاب من يده ورجله، سوى عقل المأمومة، ولو صارت الموضحة منقلة، ففي لزوم عقلها، أو القود من الموضحة؛ فإن لم تصر منقلة عقل له ما بينهما، ثالثها: يخير فيهما، لابن رُشْد عن آخر أقوال مالك، وأولها: مع سَحنون عن ابن القاسم، وأحد أقوال مالك، قال: وقول ابن القاسم، هو القياس على ما أجمعوا عليه في ترامي الجرح إلى شيء آخر، كالموضحة تذهب منها عينه.

وكذلك لو آلت ملطاة إلى موضحة، يخير في القود من الملطاة، وأخذ عقل الموضحة على أحد قولي مالك، وعلى قوله الآخر؛ ليس له إلا عقل الموضحة، لا القود منها آل إليه الجرح، إنما فيه العقل، وعلى قول مالك الأول، وقول ابن القاسم يقتص من الملطاة، فإن صارت موضحة، وإلا عقل له ما بينهما.

قلتُ: وسمع القرينان، إن صارت الملطاة عمدًا موضحة، ولم تستوضح في الجاني عقلت له الموضحة، قيل لمالك: أتعقل له الموضحة كلها، أو ما بين الموضحة والملطاة؟ قال: لا أدري.

سَحنون: قال ابن نافع: له عقل الموضحة كلها؛ لأنه ليس دونها عقل.

ابن رُشْد: يدخلها الثلاثة الأقوال، وقوله: له عقل الموضحة، كلها بعيد عن القياس؛ لأنه قد اختص من بعضها، وإن لم يكن للملطاة عقل مسمى عند مالك،

فيجب عليه إلى قدر جرح الملطاة، ما هو من جرح الموضحة، فإن كان ثلثه أو ربعه؛ حط من عقل الموضحة ثلثه أو ربعه؛ لأنه أخذه في القود، وقد روى عن عمر وعثمان رضي الله عنهما أنهما قضيا في الملطاة بنصف دية الموضحة.

وقال زيد بن ثابت: في الدامية بعير، وفي الباضعة بعيران، وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة، وفي الملطاة أربعة أبعرة، إن كانت في الرأس، فعلى هذا يكون له إن اقتص من الملطاة، ولم تصر موضحة بعير واحد، إلا أن مالكًا لم يقله.

وقال في الموطأ: لم يقض الأئمة في القديم، ولا في الحديث عندنا، فيما دون الموضحة بعقل، فيحمل ما روي عن عمر وعثمان وزيد، أنه حكومة على وجه الاجتهاد.

قلتُ: فالحاصل ما يتنامى إليه أربعة أنفس، فيندرج فيها الأول قودًا في العمد، ودية في الخطأ، إن قام ذو الحق بحقه فيها دونه وغيرها، فإن كان الأول جزءًا منه، وفيه القود، كالأصبع مع اليد؛ فعقل الثاني في ماله، ولا قود فيه اتفاقًا فيهما.

وإن كان لا قود فيه، كالمنقلة تصير مأمومة بعقل الثاني فقط، وإن لم يكن جزءًا منه وفيه القود، كالموضحة مع السمع، ولم يتنام في الجاني، ففي كون عقل الثاني في ماله، أو على العاقلة قولان.

وإن لم يكن فيه القود، فعقل الأول على حكمه.

وفي كون الثاني في ماله، أو على العاقلة قولان، وقول ابن الحاجب بعد ذكره قولي ابن القاسم وأشهب، وكذلك السراية إلى يد أو رجل، يقتضي عموم قول أشهب فيها، هو جزء من المترامي إليه، كالأصبع مع اليد، وتقدم أن قوله فيه كابن القاسم.

وفي الموازيَّة قال: الفرق بين تنامت الجرح إلى النفس وإلى غيرها، أن قصاص النفس يسقط كل جرح قبلها، ولو قطعت يداه ورجلاه، ثم نزى في ذلك ومات؛ لم تجب لهم دية الجراح، حتى يقسموا أنه مات من جراحاته، فيأخذوا ديتين، فإن نكلوا، حلف القاتل خمسين يمينًا، أنه ما مات منها، ولو مات مكانه كانت نفسًا، وسقطت الجراح، وقتل في العمد، ولزمت الدية في الخطأ.

قلتُ: كذا هو في النوادر، وفي نسخة عتيقة، والصواب أن يحلف ولاة القتيل، أنه ما مات من جراحاته؛ فيكون حلفهم على نفس موته من جراحاته، فإن نكلوا حلف الجاني على العكس فتأمله.

ويؤيده قوله في الرواية: لو مات مكانه؛ كانت نفسًا، وذكر الصقلي بعض هذا، وقال: لما كان القتل يسقط كل جرح قبله؛ صار الجرح لغوًا، ولما كان الجرح لا يسقط ما تقدمه من جرح، موضعه في الجارح قائم، وجب بقاء حكم الجرح الأول.

ابن رُشْد: لو ضربه مأمومة، فذهب عقله؛ ففي غرمه ديتها، مع الدية في العقل، أو دية العقل فقط قولان، على قول مالك، مع متكلمي أهل السنة، أن محل العقل القلب، وقول ابن الماجِشُون مع أبي حنيفة والمعتزلة: أن محله الرأس.

قلتُ: تقدم عزو الأول للمغيرة أيضًا.

الباجي: من نتف لحية رجل، أو رأسه أو شاربه، فقال المغيرة: لا قود فيه، وفيه العقوبة والسجن، وقال ابن القاسم: فيه الأدب، قال القاضي: قال أَصْبَغ: فيها أحسب فيه القصاص بالوزن، وعاب ذلك غيره، وقال المغيرة: لا يجوز ذلك، لاختلاف قدر اللحى بالعظمة، ولو أقاد جميع اللحية بجميع اللحية؛ كان صوابًا، وأما البعض ففيه العقوبة.

وفيها: إن انخسفت العين أو ابيضت أو ذهب بصرها، وهي قائمة خطأ، ففيها الدية، وإن كان عمدًا فخسفها خسفت عينه، وإن لم تنخسف، وبقيت قائمة، وذهب بصرها؛ فإن استطيع القود أقيد منه، وإلا فالعقل، قال: والبياض بمنزلة القائم العين، إن استطيع منه القود أقيد، وإلا فالعقل.

أبو عمر: من ضرب عين رجل، فأذهب بصرها، وبقيت قائمة، ففي عمد ذلك القود، وأرفع ما جاء في ذلك، أن عثمان أوتي برجل لطم عين رجل، فذهب بصره، وعينه قائمة، فأراد عثمان أن يقيده، فأعيا ذلك عليه وعلى الناس، حتى أتاهم علي فأمر بالمصيب، فجعل على عينه كرسفًا، ثم استقبل به عين الشمس، وأدنى من عينه مرآة، فالتمع بصراه، وعينه قائمة.

وروي أن عليًّا أمر بامرأة فأحميت، ثم أدنيت من عينه، حتى سالت نقطة عينه، وبقيت قائمة مفتوحة.

وفيها: من ضرب يد رجل فشلت؛ ضرب الضارب، كما ضرب، فإن شلت يده، وإلا فعقلها في ماله.

الصقلي عن أشهب: هذا إن كانت الضربة خرج فيه القود، ولو ضربه على رأسه بعصا، فشلت يده فلا قود، وعليه دية اليد.

قلتُ: في كونه تقييدًا، أو خلافًا نظر، والأظهر الأول، وقال أبو حنيفة: إنما عليه الدية، دون قود مطلقًا.

قال ابن عبد السلام: كذا ينبغي أن يكون على المذهب؛ لأن المشهور، أن لا قود في الضرب بالعصا، فالشلل ناشئ عما لا قود فيه، فإذا تعذر القود؛ وجبت الدية.

قلتُ: نفي القود في الضرب مقيد، بكونه لم يؤثر شيئًا، حسبما تقدم للشيخ عن أشهب، وشلل اليد شبيه بالموت، فإن فيها دية مسماة.

وتشترط المماثلة في العضو ومحله من الجسد فيها، لا يقتص من اليد أو الرجل اليمنى باليسرى، ولا العكس، وكذا العين ولا سن، إلا بمثلها في صفتها وموضعها الرباعية بالرباعية، والعليا بالعليا، والسفلى بالسفلى، وإلا فالعقل.

قلتُ: وبمقتضاه قال ابن شاس: لا تقاد السبابة بالوسطى، ولا أصبع زائدة بمثلها عند اختلاف المنبت.

قلتُ: وكذا السن، وللشيخ عن محمد عن أَصْبَغ: قال أشهب: إن قطع مقطوع الأنملة من أصبعه أنملتين من أصبع رجل مثلها، فعليه عقل الأنملتين، ولا قصاص له، وقال عنه غير أَصْبَغ: يعقل له الأنملة العليا، ويقتص من الوسطى.

وفيها: إن ذهبت يمين من قطع يمين رجل، هل بقطع من الله، أو بقطع من سرقة أو قصاص؛ فلا شيء للمقطوعة يمينه، ولو فقأ أعين جماعة اليمنى، وقتا بعد وقت، ثم قاموا عليه؛ فلتفقأ عينه لجميعهم، وكذا اليد والرجل.

قلتُ: لابن حارث: إن كان للقاطع وقت القطع يمين، ثم ذهبت بأمر من الله

فروى ابن سَحنون: لا شيء للمقطوعة يده، وقال غيره من أصحاب مالك: تجب الدية، سَحنون: قول مالك هو الصواب.

وفيها: من قتل رجلًا عمدًا، ثم رجلًا آخر عمدًا؛ قتل ولا شيء عليه لهم، قال ابن عبد السلام: إذا تعمد القاضي قتله لواحد منهم، على مذهب من يرى لأولياء الدم الخيار في جبر القاتل على الدية، فقد منع الباقين من أخذ الدية، وفي تضمينه حينئذ ما منعهم منه نظر.

قلتُ: في قوله نظر؛ لأن النظر إنما يكون في الحكم المشكل، غير الواضح جريه على القواعد، ومن البين أن قاتل رجلين، لكل منهما ولي يخصه، لو أراد أحدهما جبر القاتل على الدية، وأراد الآخر قتله؛ أن القول قول من أراد قتله، ولا غرم عليه، ولا على القاتل للولي الذي أراد جبره على الدية.

ابن حارث: اتفقوا في جراح العمد في الجسد، أن القصاص فيها، على قدر الجرح في طوله وعمقه، فإن كانت موضحة في الرأس، فقال ابن القاسم: القود على قدر الموضحة.

وذكر ابن عبدوس عن أشهب، أنه على قدر جزئها من الرأس، أَصْبَغ: وإليه رجع ابن القاسم، وقال سَحنون: ما زعم أَصْبَغ، أنه رجع إليه، هو قوله أولًا، ورجع إلى القود على قدر الموضحة.

وسمع القرينان في طبيب استقاد من أصبع، قاس أصبع المقطوع، وقطع من القاطع قدر ذلك القياس؛ فنقص من المستقاد منه، أكثر مما قطع من المستقاد له، لقصر أصابع المستقاد منه عن أصابع المستقاد له، أخطأ وبيس ما صنع، والصنع في ذلك، أن يقيس الأنملة المقطوع بعضها، فإن كان المقطوع منها ثلثًا أو ربعًا؛ قطع من أنملة القاطع ثلثًا أو ربعًا.

ابن رُشْد: لا اختلاف في هذا، كما تقطع الأنملة بالأنملة، كانت أطول أو أقصر، وإنما اختلف في الجراح في الرأس، أو في عضو كالذراع أو العضد ونحوه، فذكر قولي ابن القاسم، وقول أشهب.

قال: وقال محمد: الأمر كما قال أشهب، وقال ابن القاسم قديمًا: أنه يقاد بقدر الجرح الأول، وإن استوعب رأس المستقاد منه؛ يريد: ولو لم يف بالقياس، فليس عليه غير ذلك، وكذا الجبهة والذراع؛ يريد: ما لم يصن عنه العضو، فلا يزاد من غيره.

والصحيح عنده قول ابن القاسم القديم، لقوله تعالى: {والجروح قصاص}؛ لأن الألم في الجرح، إنما هو بقدر عظمه، وطوله وقصره لا بقدره من الرأس.

قلتُ: قال الباجي: وعلى قول ابن القاسم في اعتبار طول الشق، إن قصر رأس الجاني عن قدر الشق، فليس عليه غير ذلك، لا يتعدى الرأس إلى الجبهة، ولا الذراع إلى العضد، ولا قود في الباقي ولا دية.

وقال عبد الملك: يؤخذ الباقي فيما جاوزه في الذراع، من أي ذراعيه شاء من نحو العضد، أو نحو الكف؛ لأن ذلك قد وضع فيه الحديد لا من الآخر، وفي الموازيَّة والمجموعة لابن القاسم: ما زاد الطبيب في القود خطأً فعلى عاقلته.

قلتُ: مفهومه إن زاد عمدًا فالقصاص، وهو واضح من إطلاق الروايات في النوادر، ومن الواضحة: إن تعمد الطبيب والخاتن والمعلم قتلًا أو قطعًا أو جرحًا بغير حق، ولا شبهة فعليه القود.

ابن عبد السلام: لا يمكن في الغالب؛ لأن زيادة الطبيب إنما هي بعد حصول الواجب، فإذا طلب القود منه في الزيادة، لم يوصل إليهما منه، إلا بعد تقدم جرح، يكون هذا الزائد متصلًا به، فيتعذر القصاص منه في ذلك، فإن برئت تلك الزيادة على غير عثم؛ وجب أدبه فقط، وإلا أدب مع الحكومة في ماله، وإن جاوزت الثلث.

قلتُ: هذا مثل ما قاله في الاجتماع على قطع يد رجل، ويعقبه القصاص من الثاني، وقد تقدم جوابه فتذكره.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: إن قص من اقتص من موضحة عن الحق، وعلم ذلك بالحضرة قبل البرء، ونبات اللحم؛ أتم ذلك، وإلا فلا تمام له، ولا عقل له؛ لأنه قد اجتهد.

أَصْبَغ: لا يعجبني قوله جملة، وأرى إن نقص يسيرًا جدًا، فالقول مما قال، وإن كان

كثيرًا متفاحشًا أو متفاحشًا؛ فإن كان في حرارته ودمه، أتم القصاص، وإن برد وأخذه الدواء، لم يتمه؛ لأني أخاف أن يكون متلفًا أو عذابًا، ويكون الباقي عقلًا، ولا يبطل كمن يقتص فيما ترامى، وبين المقتص منه، وإن كان هذا المقتص لنفسه ممن ناله.

ابن رُشْد: قول أَصْبَغ حسن؛ هو تفسير لقول ابن القاسم، فما قصر فيه على ثلاثة أقسام يسير جدًا كالعشر، ولا يتمم ولا يأخذ فيه شيئًا، ولو بالقرب قبل أن يبرد ويأخذه الدواء، كما قال أَصْبَغ في اليسير جدًا، ويسير كالربع، وما دون الثلث، إن كان قبل أن يأخذه الدواء، وينبت اللحم؛ اقتص له تمام حقه، وإن أخذه الدواء؛ لم يقتص له تمام حقه، ولا شيء له فيه.

كما قال ابن القاسم، وإن كان كثيرًا كالثلث فما فوقه؛ اقتص له تمام حقه، إن كان قبل أن يبرد، ويأخذه الدواء، وإن كان بعد أن أخذ الجرح الدواء؛ عقل له تمام حقه كما قال أَصْبَغ.

قلتُ: ظاهر قول أَصْبَغ لا يعجبني قوله جملة، إن قوله عنده خلاف لا تفسير، وفي الموازيَّة والمجموعة، قال أصحاب مالك عنه: المجمع عليه عندهم، أن ليس في العين القائمة التي ذهب بصرها إن فقئت، وفي اليد الشلاء تقطع، إلا الاجتهاد، وكذا الأصابع، إذا تم شللها ثم قطعت، وكذا ذكر الخصي، ولسان الأخرس.

قال مالك: وذكر الخصي هذا عسيب، قطعت حشفته.

وفي كتاب الجراحات منها: في شلل الأصابع ديتها كاملة، ثم إن قطعت بعد ذلك عمدًا أو خطأ؛ ففيها حكومة لا قود في عمده.

القاضي عن ابن القُصَّار: في اليد الشلاء حكومة، وبه قال أهل العلم كافة، وحكي عن داود أن فيها دية صحيحة، ولا تقطع الصحيحة بها، وبه قال أهل العلم كافة، وحكي عن قوم: أنه يقاد من الصحيحة بالشلاء، وينبغي أن يكون هذا مذهب داود.

الشَّيخ في المجموعة لابن القاسم وأشهب: في أشل اليد أو الأصابع يقطعها صحيح، لا قود فيها إذ لا يقدر عليه بقدر ما بقي منها، وله من العقل بقدر ما بقي منها، وله من العقل بقدر ما بقي بالاجتهاد.

وروى ابن القاسم في مال الجاني: يريد وإن تم شللها؛ ففيها حكومة وفي دياتها، وإن قطع أشل اليد اليمنى يمين رجل؛ فله العقل ولا قود له.

الشَّيخ: قال يحيى بن يحيى: عن ابن القاسم: إن كان الجاني أشل اليد خير مقطوع اليد السليمة في القود منها أو العقل، وفي الموازيَّة أنها له العقل.

ومثله في الأسدية، قال محمد: وقال مالك وابن القاسم وأشهب، وقاله ابن عبدوس، وقال أشهب في الكتابين: إن كان شللًا رأسًا أو كثيرًا؛ أذهب أكثر منافع يده، وأما الخفيف؛ فله أن يقتص.

وكذا عين فاقئ عين سليمة، إن كانت ناقصة النظر، وهو ينظر بها وبها بياض أم لا؛ له القود، فإن ذهب أكثرها؛ فلا قود.

ولابن رُشْد في سماع القرينين: إن كانت جل منفعة عين الجاني أو يده باقيا؛ فالمجني عليه بالخيار في القود والعقل اتفاقًا، وإن ذهب كل منفعتها أو جلها؛ ففي تخييره مطلقًا، وإن بقيت فيها منفعة.

ولو قلتُ: ثالثها ما لم يذهب جل منفعتها لسماع يحيى ابن القاسم، وهذا السماع وأشهب في الموازيَّة والمجموعة، وفي دياتها إن قطع أقطع الكف اليمنى يمين رجل صحيح من المرفق؛ فللمجني عليه العقل أو قطع الذراع الناقصة من المرفق، ومثله في الموازيَّة.

وقال أشهب في الموازيَّة والمجموعة: ليس له إلا العقل، ونقل ابن الحاجب قولها في مسألة أقطع الكف إثر قوله، وقيل: يخير في قطع الشلاء، فيفهم عنه بعضهم بذلك مناقضته قولها في الشلاء، وقولها في أقطع الكف.

وفي تعليقة أبي عمران: الفرق بين من قطع يمين رجل، ويمينه شلاء؛ أنه ليس للمقطوعة يده إلا العقل، وبين من قطع يمين رجل، ويمينه مقطوعة الكف، أو الثلاثة الأصابع منها؛ أنه مخير في القود والعقل، أن اليد الشلاء كالميت، والميت لا يقتص منه، والذي قطعت أصابعه أو كفه بقيت تدعوه هو بعض حقه.

وقال ابن الحاجب: الذكر المقطوع الحشفة، كالأقطع الكف، وعين الأعمى

ولسان الأبكم، كاليد الشلاء على المشهور.

قلتُ: لما قدم قوليها في أقطع الكف، وفي اليد الشلاء شبه أقطع الحشفة بأقطع الكف، وشبه عين الأعمى، ولسان الأبكم باليد الشلاء؛ وهو تشبيه واضح جار على تفريق أبي عمران المتقدم.

وظاهر قول مالك في المجموعة: أن الجميع سواء، وقول ابن الحاجب: كاليد الشلاء على المشهور بحكومة، وإن كان اقتص لهما أو أخذ العقل مشكل؛ لأنه إن حمل على أنهما جني عليهما؛ لزم أن يكون فيهما قول بأن لا حكومة فيهما، إما الدية وإما لا شيء فيهما، وكلاهما غير موجود في المذهب.

وتقدم نقل إجماع أهل المذهب على أن فيهما الاجتهاد، وإن حمل على أنهما استحقا في جناية منهما منه على سليم، لزم أن يكون للمجني عليه به لا منهما حكومة، وهذا غير موجود في المذهب، وعلى هذا حمله ابن عبد السلام، وعبر عن الحكومة بالعقل، والعبارة عن العقل بالحكومة خلاف الاصطلاح وتخليط، وهذا الموضع في ابن شاس على الصواب.

قال: الذكر المقطوع الحشفة، والحدقة العمياء، ولسان الأبكم كاليد الشلاء، مثل ما تقدم عن المجموعة، وظاهر قول ابن الحاجب، وإن كان اقتص لهما أنه أراد الجنايةعليهما، وفي السرقة: منها من سرق، وقد ذهب من يمين يده أصبع؛ قطعت يمينه، كما لو قطع يمين رجل وإبهام يده مقطوعة؛ أن يده تقطع.

ولابن رُشْد في رسم أوصى من سماع عيسى من الجنايات: إن لم ينقطع من أصابع الجاني إلا أصبع واحد؛ فليس للمجني عليه إلا القود، ولا يغرمه عقل أصبعه الناقصة، لم يختلف فيه قول ابن القاسم، ويأتي على مذهب أشهب: أنه بالخيار في القود، أو عقل اليد كاملة وهو القياس، كان نقص الأصابع خلقة، أو بأمر سماوي، أو بجناية عمدًا أو خطأ.

قلتُ: لم يستوف الشَّيخ نقل أقوال هذه المسألة؛ بل قصر عن نقل ابن الحاجب حيث قال: ولا دية للأصبع على المشهور، وفي النوادر سمع يحيى ابن القاسم: إن كان

الجاني مقطوع أصبع؛ فإنما للمجني عليه القود بلا غرم على الجاني، ابن المواز، وقاله عن مالك وابن القاسم مرة.

وقد قال مالك أيضًا: تقطع يد الجاني، ويغرم دية الأصبع الخامس، وقد قال ابن القاسم: إنه مخير في القود وأخذ عقل يده دون قود.

قلتُ: وذكر الشَّيخ قبل نقله هذا: قال ابن الماجِشُون: حد ما لا يترفع القود في اليد والرجل من النقص أصبع واحدة، ابن القاسم كانت الإبهام أو غيرها.

وقال ابن الماجِشُون: حد ما لا يرفع القود إن كانت الإبهام، فلا قصاص؛ لأن الإبهام، كأنها أزيد من أصبع، قال ابن سَحنون عنه: ما علمت من فرق بين الإبهام وغيرها غيره.

قلتُ: وتفرقته ضعيفة؛ لأن الإبهام إنما فيها أنملتان، فهي أقل من غيرها، فكيف تكون أزيد؟ ففي لزوم القود من ناقص أصبع واحدة دون غرم عقلها أو معه ثالثها؛ يخير في القود دونه، وأخذ كل العقل ورابعها، إن كانت الناقصة الإبهام تعين العقل للمشهور.

ورواية محمد ونقله عن ابن القاسم مرة، وقول ابن الماجِشُون: فإن نقصت يد الجاني أكثر من أصبع، ففي تخيير المجني عليه في العقل والقود، دون غرم لما نقص أو معه ثالثها؛ يتعين القود ورابعها؛ يتعين العقل لسماع يحيى ابن القاسم مع ابن رُشْد عنها، وسماعه عيسى مع الشَّيخ عن رواية محمد.

ونقل ابن الماجِشُون عن المغيرة: حد ما لا يرفع القود نقص الأصبع، وما زاد عليها قائلًا: قول مالك أحوط، وللصقلي عن أشهب، وابن الماجِشُون قائلًا: إلا أن يكون إنما نقصت بعد قطع كف الأولى؛ فتقطع له بما بقي، ويخير في القود من قاطع قاطعه، أو أخذ العقل.

ابن رُشْد: ولو قطع مقطوع أصبعين أصابع يد رجل الخمسة من تلك اليد؛ قطعت أصابعه، وغرم عقل الأصبعين، كما في سماع عيسى، ولا خلاف فيه، ولو كان نقص الأصبع من يد المجني عليه، ففي استحقاقه القود دون غرم عليه، وتعين العقل

نقل ابن رُشْد عن سماع يحيى ابن القاسم، مع قوله: وروايته فيها عن أشهب مع قوله استحسن إن نقصت يد المجني عليه أنملة أو نحوها، بجناية عمدًا أو خطأ؛ أن له القود، وإن أصيبت كفه خطأ؛ سقط قدر الأنملة من ديتها.

وقول ابن الحاجب: إن نقصت يد المجني عليه أصبعًا؛ فثلاثة لابن القاسم وأشهب والمغيرة ثالثها، إن كانت غير الإبهام وقبوله.

ابن عبد السلام: يرد بأن الثالث إنما هو لابن الماجِشُون لا للمغيرة، لنقل النوادر وابن شاس ما نصه: إن نقصت يد المجني عليه أصبعًا واحدة، فقال ابن مالك، وابن القاسم: يقتص كانت الإبهام أو غيرها، أخذ لها عقلًا أو قودًا، واختلف فيه قول أشهب.

قال محمد: الثابت من قوله وروايته: ليس له إلا القود، وقال ابن الماجِشُون: حد ما لا يرفع القود في اليد والرجل من النقص أصبع واحدة، وزاد المغيرة على ذلك، وقول مالك أحوط، قال: إلا أن تكون الإبهام فلا قود، قال سَحنون في كتاب ابنه: ما علمت من فرق بين الإبهام وغيرها غيره.

قلتُ: فانظر حصر سَحنون هذا القول لابن الماجِشُون.

ابن رُشْد: ولو كان نقص المجني عليه أصبعين فأكثر؛ فلا قود له على الجاني، إنما له عليه عقل أهي أصابعه، إلا أن لا يبقى له إلا أصبع واحد، فقيل: يكون له مع عقلها حكومة في الكف، وهو قولها.

وقال أشهب: لا حكومة في الكف ما بقي منها أنملة، يكون له عقل واستحسنه سَحنون، وهو ظاهر قول ابن القاسم في سماع يحيى، وسواء كان ما نقص من أصابعه خلقة، أو بأمر من السماء، أو بجناية عمدًا أو خطأ، وما أصيبت يده الناقصة أصبعًا أو أقل أو أكثر خطأ؛ فليس فيها إلا عقل ما بقي اتفاقًا.

قلتُ: هو نصها.

قلتُ: قال ابن حارث: اتفقوا على أنه إن قطعت أصبع واحدة، فأخذ عقلها، ثم قطعت جميع الكف؛ فلا حكومة لما يقابل المقطوعة من الكف، ولو كان ذلك في

أصبعين، ففي كون ذلك كذلك، ولزوم حكومة لما يقابل الأصبعين المقطوعتين، قولا سَحنون مع ابن القاسم وأشهب وابن الماجِشُون.

وفي جراحاتها من قطعت إبهامه؛ فأخذ دية الأصبع، ثم قطع العقد الباقي من الإبهام في الكف؛ ففيه حكومة، وإن لم يكن في الكف أصبع، فعلى من قطعها أو بعضها حكومة.

ابن الحاجب: ولو قطع من المرفق؛ لم يجز من الكوع ولو رضيا.

قلتُ: هو في النوادر عن الواضحة معزو للأخوين وأَصْبَغ، وقبله الشَّيخ وغيره، وفيه نظر من وجهين:

الأول: الدليل العام؛ وهو الإجماع على وجوب ارتكاب أخف ضرر بدفع ما هو أضر منه من نوعه، وضرر القطع من الكوع أخف منه من المرفق ضرورة، وقد قال ابن رُشْد: إذا لزم أحد ضررين؛ وجب ارتكاب أخفهما، قاله في أجوبته.

والثاني: دليل ما في سماع عبد الملك، قال: أخبرني من أثق به من أصحابي عن ابن وَهْب أو عن أشهب: فيمن ذهب بعض كفه بريشة خرجت في يده، يخاف على ما بقي من يده منها، فقيل له: اقطع يدك من المفصل، إن كان لا يخاف عليه الموت من قطعه فلا بأس.

ابن رُشْد: إن لم يخف، إذا لم يقطع يده من المفصل إلا على ما بقي من يده؛ لم يجز قطعها من المفصل إن خيف عليه منه الموت، وإن خشي إن لم يقطع يده من المفصل؛ أن يترامى أمر الريشة إلى موته منها، فله قطعها من المفصل، وإن كان مخوفًا، إن كان الخوف عليه من الريشة أكثر.

وقد أجاز مالك فيها لمن أحرق العدو سفينته، يخرج نفسه في البحر، وإن علم أن فيه هلاكه، ولا خلاف في أنه يجوز له أن يفر من أمر يخاف منه الموت إلى أمر يرجو فيه النجاة، وإن لم يأمن منه الموت.

وفيها: لو أصيبت يد رجل أو عينه خطأ؛ فضعفت فأخذ لها عقلًا، إلا أنه يبطش ويعمل ويبصر بالعين، ثم أصابها رجل عمدًا؛ ففيها القود بخلاف الدية.

الشَّيخ في المجموعة للمغيرة: في عين الكبير تضعف ثم تصاب عمدًا؛ ففيها القود وما نقصها من جدري أو كوكب أو رمية أو غيرها؛ لا قود فيها، ولو لم يأخذ لنقصها شيئًا.

قال عبد الملك: تأويله إن كان نقصًا فاحشًا كثيرًا، ولابن رُشْد في رسم القطعان من سماع عيسى: قال بعض أهل النظر: تلخيص قول عيسى في العين الناقصة؛ تصاب إن نقصت بسماوي، ولو كثر، ففي إصابة باقيها عمدًا القود، وإن نقصت بجناية؛ فكذلك إن قل وإن كثر فالعقل.

ابن رُشْد: ليس هذا بصحيح، إن نقصت كثيرًا ولو بسماوي فالعقل، وفي النوادر ومن الموازيَّة ونحوه في المجموعة، روى ابن القاسم وغيره: في عين الأعور تصاب عمدًا.

قال في المجموعة: إن أصابها صحيح؛ فالأعور مخير في القود، وأخذ ديته ألف دينار، محمد: هذا قول مالك، وكل أصحابه لم يختلفوا، وكذا ذكر سَحنون في كتاب ابنه، ولأبي بكر الأبهري رواية شاذة: أن مالكًا اختلف قوله، فقال هذا وقال: ليس له إلا القود.

قال محمد: قال ابن القاسم وأشهب: كان الفاقئ صحيح العينين أو صحيح التي مثلها للأعور.

قال ابن الحاجب: لو فقأ صحيح العين عين الأعور، فقال مالك: إن شاء اقتص أو أخذ ديتها ألف دينار من ماله، ذكر ابن عبد السلام وابن هارون، على قول المؤلف كلام عياض، وعياض ما ذكر ذلك إلا على مسألة المدَوَّنة، وهي عكس هذه المسألة وهي التي ذكرها المؤلف بعد هذه معبرًا بقوله: (فلو فقأ الأعور من ذي عينين... إلخ)، والمسألتان مختلفتان، ولذا ذكر في الثانية أقوالاً لم يذكر بعضها في الأولى، والثانية هي مسألة الكتاب.

والأولى إنما هي من حيث نقلتها، ولا يتوهم أنها مراد البرادعي بقوله: وإن كان المفقوءة عينه أعور العين اليسرى؛ فله في عينه اليمنى ألف دينار إذ لا قصاص له في

عين الجاني؛ ولأن دية عين الأعور عند مالك ألف دينار؛ لأنها في المدَوَّنة إنما صورها في فاقئ هو أعور العين التي فقأها من الأعور المفقوءة عينه.

وفيها لمالك أن فقأ الأعور عين الصحيح التي مثلها باقية للأعور؛ فله أن يقتص وإن أحب؛ فله دية عينه، ثم رجع فقال: إن أحب أن يقتص اقتص، وإن أحب فله دية عين الأعور ألف دينار، وهذا أعجب إليَّ.

عياض: خرج بعضهم منها قولًا بالتخيير في أخذ دية الجرح عمدًا، وهو قول ابن عبد الحكم خلاف مشهور، قول مالك وأصحابه بوجوب القود، أو ما اصطلحا عليه، ويخرج منها جبر القاتل على الدية، مثل قول أشهب خلاف معروف روايته، وترجح بعضهم في هذا.

وقال أبو عمران: إنما قاله لعدم تساوي عين الأعور، وإحدى عيني الصحيح، فلم يمنعه القصاص إذ هي مثل عينه في الصورة؛ فإن عدل عن القصاص إلى الدية، لم يكن للأعور أن يأبى ذلك؛ لأنه دعي لصواب.

عياض: هذا غير بين، ويلزمه في الجبر على الدية، وخرج منها بعض شُيُوخنا؛ أن للولي إذا كثر القاتلون، أن يلزم كل واحد منهم دية كاملة عن نفسه قدر ديته، أو من أراد استحياءه منهم، ويقتل من شاء، قال: وكذا في قطع جماعة يد رجل.

عياض: وهذا لازم لأبي عمران على تعليله في زيادة المثلية؛ لأن جماعة أنفس زيادة على نفس على كل حال، وقيل لأبي عمران: لو تعدى رجل على الجاني في هذه المسألة، ففقأ عينه، فقال المفقوءة عينه للجاني على من جنى عليه: أتلفت علي عينًا كنت أستحق بقاءها، أو ألف دينار عنها، فأغرم لي بالقيمة ما أتلفت علي؛ لأن لي ديتها كالثمن المتواطأ عليه في سلعة استهلكت.

قال: وفي هذا نظر، وأشار إلى تنظيرها برهن في ألف دينار، قيمته مائة دينار استهلك؛ أنه لا يلزمه إلا قيمته دون ما رهن فيه، قيل له: الأعور كان مجبورًا على افتكاك عينه بالألف، وليس كذلك الرَّهن إذ ليس مجبورًا على افتكاكه، إذ له إسلامه وليس كذلك العين.

قال: أرأيت لو كان عديمًا ليس له مال يؤدى منه الألف فترجح فيها، وقال: انظر لو قال المجني عليه: كان لي أن أتبع الأعور فالألف عليه، ومسألة المدَوَّنة هي سماع عيسى ابن القاسم، قول مالك الصحيح، مخير في القود وأخذ دية عينه خمسمائة دينار، ثم رجع فقال: مخير في القود وأخذ دية عين الأعور ألف دينار.

ابن القاسم: فقوله الآخر أحب إليَّ وأحسن ما سمعت أنه ليس له إلا القود من عين الأعور إلا أن يصطلحا على أمر.

قال: فإن اصطلحا على الدية مبهمة، فإنما له عقل التي فقئت خمسمائة دينار، ثم رجع ابن القاسم إلى تخييره في فقء عين الأعور أو ديتها ألف دينار.

ابن رُشْد: قول مالك الأول على القول بأن للولي جبر القاتل على الدية، وهو قول أشهب، وأحد قولي مالك، والقول الأخير الذي قال ابن القاسم، أنه أحسن ما سمع قياس على أصل مذهبه: وروايته أن ليس للولي جبر القاتل.

وفيها: إن فقأ أعور العين اليمنى يمنى صحيح خطأ، فعلى عاقلته نصف الدية، وإن فقأها عمدًا؛ فعليه خمسمائة دينار في ماله، ولا تقاد يد أو عين أو سن إلا بمثلها.

وفي السماع المذكور، وقال قياسًا على قول مالك الأخير، الذي به أخذ إن فقأ من عيني الصحيح معًا في فور واحد؛ خير الصحيح في فقء عينه مع أخذ دية عينه الأخرى خمسمائة دينار، وترك عين الأعور، وأخذ عقلها ألفًا مع خمسمائة دينار عقل الأخرى، وإن فقأها في مجالس مختلفة، فإن بدأ بفقء عين التي هي باقية له؛ خير في فقء عينه أو أخذ عقلها ألف دينار، وإن بدأ بالتي هي ذاهبة منه، فإنما له عقلها خمسمائة دينار، وعليه في الأخرى القود، ولم يزد ابن رُشْد فيها شيئًا.

وللشيخ: روى علي: إن فقأ أعور عيني صحيح عمدًا؛ فله فقء عين الأعور، وأخذ دية عينه خمسمائة دينار.

قال أشهب: هذا إن كان في فور واحد، وإن بدأ بالتي مثل عينه العوراء؛ فله فيها نصف الدية، وفي الأخرى القود، وإن بدأ بمثل عينه الصحيحة؛ فله فيها القود، وفي الأخرى ألف دينار، محمد: وقاله مالك وأصحابه.

وفيها: من طرحت سنه عمدًا، فردها فثبتت؛ فله القود فيها، والأذن كذلك، ولو رد السن في الخطأ فثبتت؛ كان له العقل.

وفي سماع أَصْبَغ من الديات: من ضرب فذهب عقله، فأخذ العقل بعد السنة، ثم رجع إليه عقله؛ لم يرده وهو حكم مضى.

ابن رُشْد: مثله في الموازيَّة فيمن ضربت عينه، فنزل فيها الماء وابيضت، فأخذ الدية، ثم برئت بعد ذلك؛ لا يرد شيئًا واختار، محمد: إن قضى به بعد الاستقصاء والأناة.

وقال ابن القاسم في المدَوَّنة: في بياض العين، ونزول الماء فيها؛ يرد ما أخذ فيهما، فقيل: هو قوله في مسألة العقل ولا فرق، وقيل قوله في العقل كأشهب، والفرق أن العقل ذهب حقيقة ثم عاد، والبصر يستره ساتر دون ذهابه حقيقة؛ فانكشف برجوعه خطأ الحاكم بالدية؛ فيتحصل فيها ثلاثة أقوال، ثالثها يرد في البصر لا العقل، ولو عاد البصر أو العقل قبل الحكم، لم يقض له بشيء اتفاقًا، وحكم السمع حكم البصر، وسن الكبير يقضى له بعقلها، ثم يردها فتثبت فلا يرد عقلها اتفاقًا، أو لا ترجع على قوتها، هذا قول ابن القاسم.

وقول أشهب في الموازيَّة وروايته في رسم الأقضية في الجنايات: والأذن كالسن إذا ردها بعد الحكم فثبتت واستمسكت، وإنما اختلف فيهما إن ردهما فثبتتا واستمسكتا، أو فعادتا لهيئتهما قبل الحكم في القضاء بالعقل فيهما، ثالثها في السن لا الأذن لها، ولأشهب وسماع يحيى ابن القاسم في الجنايات، ولا خلاف بينهم في القود فيهما ولو عادا لهيئتهما، فإن اقتص بعد أن عادا لهيئتهما؛ فعادت أذن المقتص منه فذلك، وإن لم تعودا؛ فلا شيء له، وإن عادت سن المستقاد منه أو أذنه، ولم تكن عادت سن الأول ولا أذنه؛ غرم العقل، قاله أشهب في الموازيَّة.

اللخمي: إن رد السن أو الأذن فثبتتا، أو نبت في مكان السن أخرى، ففي العمد لهما القود اتفاقًا، والخطأ في السن وشبهه مما فيه دية مسماة.

قال ابن القاسم في المدَوَّنة في السن: له ديتها.

محمد: ليس السن عنده كغيرها؛ لأنه يرى فيها ديتها، ولو نبتت قبل أخذ عقلها وإن كان خطأً، وقال أشهب: لا شيء له كالجراح، وكذا لو ردها فنبتت فلا شيء له إلا أن يكون أخذ لذلك عقلًا فلا يرده.

واتفقوا في الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة في الخطأ أن فيها ديتها، ولو عادت لهيئتها وفرق بين العمد والخطأ، أن المعتبر في قصاص الجرح ما هو عليه يوم الجرح، وقيسه يومئذ، وفي الخطأ إنما يعتبر ما يكون بعد البرء إن برئ على غير شين لم يكن فيه شيء، ولا خلاف في هذين القسمين، وإذا كان له وجب القصاص في الأذن والسن وإن عادتا؛ لأنه الحكم يوم وقع الجرح، ويختلف في إشراف الأذنين، إذا ردهما في قطع الخطأ؛ فعلى أن فيهما حكومة لا شيء لهذا، وعلى أن فيهما الدية، تكون له الدية كالسن.

وذكر عن محمد: إذا عادت سن الجاني وأذنه، ولم يعودا من المجني عليه مثل ما ذكر ابن رُشْد، قال: ولا يقتص منه ثانية؛ لأن حق الأول في الألم قد أخذه، والقياس أن يقطعه ثانية؛ لأن الألم تبع، والعمد وجود الشين، والمثلة بذهاب ذلك منه كالأول، ومن حق الأول أن يمنعه من إعادة ذلك ليكون في الناس ناقصًا كالأول.

وقال مالك: من كسر أنف رجل خطأً، إن برئ على غير شين فلا شيء فيه، وإن برئ على عثل؛ ففيه الاجتهاد، وفي العمد القود، فإن برئ المجني عليه على عثل، والجاني على غير عثل أو عثل أقل منه؛ فللأول بقدر ما زاد شينه.

قال في الموطأ: ولو مات الثاني؛ لم يكن على المجني عليه شيء.

الأحق بالدم: حصله ابن رُشْد؛ بأنه بنوة ذو تعصب بنوة أقر به يحجب أبعده، ثم ذو الأبوة أقر به يحجب أبعده، وولد الأقرب، وهم للأخوة في الأب دنية، والأعمام في غيره يحجب الأبعد من أبيه كالأحقية، في ولاية النكاح والجنائز والولاء عند ابن القاسم، إلا أنه جعل الجد كالأخوة.

قلتُ: قال اللخمي عن محمد عن أشهب: الأخوة أحق من الجد، كالولاء ووافقه ابن القاسم في الولاء.

قلتُ: في النوادر عن محمد، قال ابن القاسم في بعض مجالسه: الأخ أولى من الجد، محمد: وأظنه غلطًا ممن أخبرني به، وهذا قول أشهب.

قلتُ: عزاه ابن حارث لسَحنون فقط.

الشَّيخ في المجموعة عن أشهب، ابن القاسم: لا شيء للأخ للأم في الدم.

اللخمي في لغو الترجيح بالشركة في الأم بين الإخوة، قولان لابن القاسم وأشهب.

قلتُ: متقدم قول ابن رُشْد قول ابن القاسم في استحقاق الدم، كالولاء إلا في الإخوة مع الجد، يقتضي أن الشقيق مقدم على الأخ للأب كالولاء.

اللخمي: إن لم يكن ذو نسب؛ فالمولى الأعلى والأسفل لغو.

والنساء فيهن طرق: الباجي: قال القاضي في أن لهن في الدم مدخلًا روايتان، وعلى الأولى في كونه في القود، إلا العفو أو العكس روايتان.

اللخمي: معروف قول مالك أن لهن حقًّا في الدم.

وروى ابن القُصَّار: لا شيء لمن فيه.

ابن رُشْد: لا حق فيه لمن لا إرث له منهن، كالعمات وبنات الإخوة، ولمن يرث منهن كالبنات والأخوات والأمهات؛ منه حق فيه.

اللخمي: اختلف في الأم، فقال مالك وابن القاسم: لها فيه حق، أشهب: لا حق لها فيه ولا مع السلطان، وفي المقدمات: إن كان الأولياء بنات وأخوة أو أخوات وعصبة، ففي كون الأحق بالقود من قام به، ولا عفو إلا باجتماعهم، ولو ثبت الدم بقسامة، أو إن ثبت ببينة، فالنساء أحق بالقود والعفو لقربهن، وإن ثبت بقسامة؛ فالأول لابن القاسم فيهما، وسماعه عيسى ورواية الأخوين.

قلتُ: يريد باجتماعهم اجتماع بعض الصنفين لقولها: إن عفا بعض البنات وبعض العصبة، أو بعض الأخوات وبعض العصبة؛ فلا سبيل للقتل، ويقضى لمن بقي بالدية.

ابن رُشْد: وإن كان مع البنات والأخوات عصبة، وثبت ببينة فالعصبة لغو، وإن ثبت بقسامة؛ ففي كون من قام بالقود من امرأة أو رجل أحق، وسقوط النساء قولان

لابن القاسم فيها وسماعه عيسى.

قُلتُ: في النوادر اختلف في البنات مع الإخوة، قال أشهب: عفو أحد الإخوة يجوز على البنات، وباقي الإخوة وجعلهم كالبنين، ولم يجعل هذا لأحد من العصبة إلا بالاجتماع.

وقول محمد: قول ابن القاسم أحب إلي، لا عفو إلا باجتماع الإخوة والبنات، ورواه ابن وَهْب وغيرهما، وفي الجلاب في أم أو بنت أو أخت مع عصبة، في كون الحق لهم لا للنساء، أو لمن طلب القتل، ثالث الروايات القول قول من عفا.

الشَّيخ عن محمد: إذا استووا كالبنين والبنات، والإخوة مع الأخوات؛ فلا قول للإناث مع الذكور.

اللخمي: اتفق ابن القاسم وأشهب على تقديم الأم على الأخوات، واختلف في الأم مع البنات، فقيل: هن أحق بالقتل والعفو.

وروى ابن القاسم: لا تسقط الأم إلا مع الأب، والولد الذكر فقط؛ فعليه لا يصح عفو إلا باجتماعهما معهن، والأول أحسن؛ لأن البنوة مقدمة على الأبوة.

وفي استقلال الأب بالقتل، والعفو من البنات، ووقفه على موافقتهن: نقلا الشَّيخ عن محمد عن أشهب وابن القاسم، ولابن سَحنون عنه: البنات أولى من عفو الأب.

وفيها: إن كان الأخوات شقائق، والإخوة لأب؛ فلا عفو إلا باجتماعهم؛ لأن الإخوة للأب معهن عصبة.

الشَّيخ عن الموازيَّة: البنات أقرب من الأم، لا عفو لها دونهن، ولهن العفو دونها، وفي المجموعة روى ابن وَهْب في أم وأخ وابن عم: لا عفو للأم دونهما، وفي الموازيَّة لابن القاسم: عفو الأم مع العصبة جائز على الأخوات.

قال في المجموعة: إن عفا العصبة والأخوات، فللأم القتل وفي الموازيَّة: إن اختلفت الأم والعصبة بطل العفو، فإن عفا البنات والعصبة؛ جاز على الأم، وإن عفت مع العصبة؛ لم تجز علي البنات، والأم عند أشهب أضعف ممن سميت.

وقال أيضًا: في ولد الملاعنة؛ لا عفو لبناته، ولا للموالي دون أمه، ولا عفو إلا

باجتماعهم.

وفيها: إن غاب أحد الوليين، والقتل بغير قسامة؛ فإنما للحاضر العفو، فيكون للغائب حظه من الدية، ولا قتل له حتى يحضر الغائب، ويسجن القاتل حتى يقدم الغائب، ويكتب إليه، ولا يكفل القاتل، إذ لا كفالة في الحدود والقصاص.

الصقلي: إلا البعيد الغيبة، فلمن حضر القتل، قال سَحنون: فيمن بعد جدًا أو أيس منه، كالأسير بأرض الحرب وشبهه، ومن غاب من إفريقيَّة إلى العراق؛ فليس كالأول.

قُلتُ: في النوادر عن المجموعة، قال ابن القاسم: ينتظر الغائب إلا أن يكون بعيد الغيبة، فلمن حضر القتل، قال سَحنون... إلخ، فحذف الصقلي قول ابن القاسم قصور.

وفي تعليقة أبي عمران: سألت الشَّيخ عن قولها، في الغائب ينتظر أرأيت إن كان بعيد الغيبة؟ قال: ظاهر الكتاب ينتظر، وفرق سَحنون بين القريب والبعيد.

وسمع يحيى ابن القاسم: إن غاب بعض الأولياء الذين وجبت عليهم القسامة ممن يجوز عفوه على من حضر، ولو نكل زدت القسامة على المدعى عليه، انتظر أبدًا حتى يقدم، ولا قتل دون ذلك، ولو أقسم من حضر ممن هو في منزلته؛ وإنما يؤمر من حضر أن يقسم؛ لأنه إن نكل سقطت القسامة مطلقًا، وردت الأيمان على المدعى عليه وإن حلف الحضور، فذلك أمر احتيط فيه، خوف أن يقدم الغائب ليقسم، فيوجد هؤلاء قد ماتوا، ولا يوجد من يقسم معه فيبطل الدم.

ابن رُشْد: قوله: ينتظر أبدًا، ظاهره ولو بعدت غيبته، وهو ظاهر المدَوَّنة، وهو القياس، ثم ذكر قول سَحنون، ولم يذكر قول ابن القاسم في المجموعة، وقوله وهو ظاهر المدَوَّنة كذلك.

قال أبو عمران، قال ابن عبد السلام: ظاهر قول المؤلف أن الغائب إذا أيس منه سقط حقه، والذي تدل عليه أصول المذهب: أن القاضي يقيم له وكيلًا ينظر له بالأصلح.

قُلتُ: إضافته سقوط حق الغائب للمؤلف يوهم انفراده، ومخالفته ما زعم من مقتضى المذهب، وليس كذلك، فإن قول ابن القاسم في المجموعة كالنص على سقوط اعتباره، وهو قوله: فلمن حضر القتل، ومثله لفظ الصقلي.

قال ابن الحاجب: يحبس كما لو شهد واحد في العمد حتى تزكى، ولا يكفل بخلاف قتل الخطأ وجراحه؛ فإنه مال على العاقلة أو عليه.

قُلتُ: ظاهر قوله بخلاف قتل الخطأ... إلخ؛ أنه لا يحبس في الخطأ، وقوله في تعليله، أو عليه؛ يريد: أو عليه غير حال، والمنصوص في الشاهد الواحد بقتل العمد، حبس الغريم مقيدًا بالحديد، وقتل الخطأ لا حبس فيه ولا تعزير.

قال المتيطي: عن ابن أبي زَمَنَيْن: إن احتيج إلى الشهادة على عين القاتل؛ حبس حتى يشهد عليه، وقاله سَحنون.

وفيها: إن شهد واحد على دم عمد أو خطأ؛ كانت القسامة، ولا يحبس المشهود عليه في الخطأ؛ لأن الدية على العاقلة، ويحبس في العمد حتى يزكى الشاهد.

وسمع ابن القاسم: من حبس في قتل خطأ، فمات قبل أن يقسموا؛ لم يبطل، يقسمون ويأخذون الدية، وقيل: لا يحبس أحد في الخطأ.

ابن رُشْد: ليس هذا باختلاف، إن كان مشهورًا لم يحبس للشهادة على عينه، قاله سَحنون وهو صحيح، ولا يبرئه إلا حميل مليء بالدية بوجهه، ولو كان في الأولياء صغير لا ولي له، ففي استقلالهم بالقتل دونه، ثالثها: إن لم يقرب بلوغه لها، ولابن عبدوس عن سَحنون عن عبد الملك وسَحنون.

وفيها: إن كان أحد الوليين مجنونًا أو مطبقًا؛ فللآخر أن يقتل، وهذا يدل على أن الصغير لا ينتظر، وإن كان في الأولياء مغمى عليه أو مبرسم، انتظرت إفاقته؛ لأن هذا مرض.

ابن رُشْد: القياس قول من قال: ينتظر الصغير، وأفتى فيمن له بنون صغار، وعصبة كبار بانتظار الصغار قائلا: إذ هم أحق بالقيام بالدم، فسئل عن فتواه بخلاف الرواية المأثورة في ذلك فقال: خفي على السائل معنى ذلك، وظن أنه لا يسوغ للمفتي

العدول عن الرواية، وليس كذلك بل لا يسوغ للمفتي تقليد الرواية، إلا بعد معرفته بصحتها لا خلاف فيه بين أحد من أهل العلم، وهذه الرواية مخالفة للأصول، واستدل على مخالفتها، بما حاصله وجوب اعتبار حق الصغير، وتأخيره لبلوغه، كحق له بشاهد واحد، وبأن له جبر القاتل على الدية، على قول أشهب، وأحد قولي ابن القاسم، ورواية الأخوين.

قُلتُ: لا يخفى ضعف هذا، ولا يغتر بهذا في زمننا؛ إنما ساغ ذلك لمثل ابن رُشْد لعلو طبقته، وقال بعض من عاصره: ليس العمل اليوم على هذا، إذ هو خلاف قول ابن القاسم، وفي طرة بعض نوازله ما نصه: ليس العمل اليوم على هذا، إذ هو خلاف مذهب ابن القاسم، وقال ابن الحاج: إنه أفتى بذلك من غير رواية ولا حجة.

فإن قلت: ما هي الرواية المأثورة في ذلك؟.

قلت: في الموازيَّة والمجموعة، روى ابن وَهْب وأشهب: في قتيل له بنون صغار وعصبة؛ فللعصبة القتل، ولا ينتظر بلوغ الصغار، قال عنه ابن وَهْب: ولهم العفو على الدية فتكون بينهم، قال عنه أشهب: وينظر للصغار وليهم في القود، والعفو على مال وله أن يقسم إن وجد معه من العصبة من يقسم معه، وإن لم يكن في قربه، ثم يكون لهذا الذي هو أولى بالصبي، القتل أو العفو على الدية، وإن كان وليه صبيًّا أجنبيًّا لم يحلف في القسامة إلا العصبة، ثم للوصي النظر في القود أو العفو؛ يريد على مال.

قال محمد: فإن لم يكن له وصي، فالأقرب من العصبة، ابن حبيب: روى ابن القاسم: إن ثبت الدم ببينة والولد صغير؛ فللعصبة القتل، والعفو على الدية كاملة، وأحب إلي أن لا يعفوا، وإن أخذوا الدية، ويحبس القاتل حتى يكبر الصغير، وإن كان بالقسامة؛ فكذلك بعد أن يقسموا، فإن نكلوا حبس القاتل حتى يبلغ الصبي، فيقسمون، ثم يقتلون أو يأخذون الدية، وأحب إلي إن أقسموا أن لا يعفوا على الدية، إلا بإذن السلطان، وقاله ابن دينار وابن كنانة وابن أبي حازم.

وروي المحمدان: إن كان الابن صغيرًا؛ فالأب يقتل أو يعفوا على الدية، فإن لم يكن إلا الجد؛ فذلك إليه ولا شيء للجد للأم.

قال أشهب في المجموعة: إن كان له بنون صغار وكبار؛ فأقسم الكبار فلا يقتلوا إلا برضى الوصي، فإن عفا الوصي على الدية جاز، ودخل فيها الكبار، قال ابن المواز: إن كانوا في درجة واحدة، وطلبوا القتل نظر معهم أولياؤهم الصغار، ومن عفا منهم على الدية دخل فيها الباقون، وأما العصبة عند أشهب.

يريد: غير الإخوة فمن قام بالدم منهم، فهو أولى من كبير أو ولي صغير، ولا عفو إلا بجميعهم، ولا يعفو أولياء الأصاغر مع الأكابر، إلا بنصيبهم من الدية، وإلا فلهم العقل.

وفي المجموعة: روى علي الوصي أولى بالنظر في القتل، والعفو من الأولياء، وقاله أشهب، هذا كله نقل النوادر، وأطلق اللخمي القول عن اعتبار الوصي، فقال: للكبير مع الصغير القتل، والعفو من الأولياء، ولا يؤخر القتل لبلوغ الصبي، ولو كان القتل بقسامة منه، وممن استعان به معه وإن لم يجد من يعينه حلف نصف الخمسين، وسجن الجاني لبلوغ الصغير إن حلف بعد بلوغه استحق القتل والعفو.

قُلتُ: تحصيلها إن كان مع الصغير كبير في طبقته، والقتل ببينة أو قسامة ثبتت، ففي استقلال الكبير بالقتل عن وصي الصغير، ووقفه على نظره معه قولان لظاهرها مع نقل الشَّيخ نص رواية ابن الموَّاز وابن عبدوس.

ونقله عن أشهب مع محمد وهما بناء على عدم جبر القاتل على الدية وجبره، وإن كان مع من هو بعده كالعصبة مع الابن، ففي استقلالهم عن وصيه ووقفهم عليه، ثالثها: إن كان القتل ببينة استحب عدم عفوهم ووقفه لبلوغ الصبي، وإن كان بقسامة استحب وقف عفوهم على إذن السلطان، ورابعها الوصي أولى بالقتل والعفو من الأولياء، لرواية ابن وَهْب مع أشهب، وقوله مع محمد، واختيار ابن حبيب ورواية علي.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: إن لم يترك القتيل إلا ولدًا صغيرًا، ولا ولي له إلا السلطان أقام له وليًّا يكون كالوصي، والولي ينظر له بالقتل أو العفو على الدية لا على أقل منها إن كان مليًّا بها، وإن عجز عنها جاز على ما يرى على وجه النظر، فإن صالح

بأقل منها والقاتل مليء لم يجز ورجع على القاتل، ولا يرجع القاتل على الولي بشيء.

ابن رُشْد: أجاز أشهب صلحه بأقل من الدية على وجه النظر، ما لم يكن يسيرًا جدًّا تتبين فيه المحاباة، وقوله أصح على المعلوم من قول ابن القاسم، بعدم جبر القاتل على الدية، وقول ابن القاسم أصح على قول أشهب في جبر القاتل على الدية.

قُلتُ: سبقه سَحنون بهذا، قال في المجموعة: نقض أشهب أصله في هذا؛ لأنه يرى للولي الجبر على الدية.

وفيها: من وجب لابنه الصغير دم عمد أو خطأ؛ لم يجز له العفو إلا على الدية لا أقل منها، وإن عفا في الخطأ وتحمل الدية في ماله؛ جاز إن كان مليًّا يعرف ملاؤه، وإلا لم يجز عفوه، وكذا العصبة وإن لم يكونوا أولياء، وإن جرح الصبي عمدًا وله وصي فللوصي أن يقتص له، وإن قتل فولاته أحق من الوصي.

الشَّيخ في المجموعة والموازيَّة لابن القاسم: لو بذل الجارح دية الجرح، فأبى الوصي إلا القود، فإن كان من النظر؛ أخذ المال أكرهه السلطان على ذلك، قال ابن عبد السلام عن بعضهم: للمحجور العفو عن قاتله عمدًا وفي الخطأ، كإيصائه به، قال: وأما الجرح والشتم وما نيل من بدنه أو عرضه؛ فأجاز ابن القاسم في الواضحة عفوه كان الجرح عمدًا أو خطأ، وإن كان غير بالغ، ومنعه مُطَرِّف، وابن الماجِشُون وأَصْبَغ.

قُلتُ: الذي رأيت في النوادر، قال عبد الملك: المولى عليه لا يجوز عفوه عن الدم وقياسه على إيصائه وهم؛ لأنه بعد موته قال: وفي المجموعة والموازيَّة: ليس للمرأة المولى عليها عفو عن جراحها عمدًا أو خطأ.

وفيها: إن قتل للصغير عبد عمدًا، فأحب إلي أن يختار أبوه أو وصيه أخذ المال، إذ لا نفع له في القود، ومن قطع يد رجل، وفقأ عين آخر، وقتل آخر؛ فالقتل يأتي على ذلك كله، رواه ابن القاسم، وابن وَهْب في المجموعة.

قال اللخمي: القياس أن يقتص لذي اليد، وتبقى النفس لأولياء القتيل، قال أشهب: إن عفا عن دمه أقيد من جراحاته، قال ابن القاسم: وإن قطع أصابع يد رجل، ويد آخر من الكوع، ويد آخر من المرفق؛ قطع لهم من المرفق.

قُلتُ: لابن رُشْد في سماع أَصْبَغ: من قطع أصابع رجل، ثم كفها قطعت أصابعه ثم كفها؛ فأحرى في رجلين.

وسمع ابن القاسم: لو قطع رجلًا من الكوع، وآخر من المرفق، فقطع للأول فليس للثاني، إلا قطع ما بقي، أَصْبَغ: أحب إلي عدم قطعه إلا أن يأبى الجاني العقل.

ابن رُشْد: لو قيل: الخيار للمقطوع كان أحسن، وما استحبه خلاف قوله فيمن قطع أصابع رجل ثم كفها.

وفيها: لا يمكن ذو القود في الجراح من القصاص؛ بل يقتص له من يعرف القصاص.

الشَّيخ: روى محمد وابن عبدوس: أحب إلي أن يولي الإمام على الجراح عدلين بصيرين بذلك في المجموعة، وإن كان أحدهما أفضل من الآخر، فإن لم يجد إلا واحدًا أجزأه، قيل لمالك في الموازيَّة: أيجعل الموسي بيد المجروح، ثم يشد الطبيب على يده حتى تبلغ ذلك قال: لا أعرفه، وسمع ابن القاسم: أجر القصاص على المقتص له.

ابن رُشْد: قيل: على المقتص منه وهو بعيد.

قُلتُ: كذا نقله ابن شعبان، وعزاه المتيطي لابن عبد الحكم.

وفيها: وأما في القتل فيدفع للولي يقتله، وينهى عن العبث، وفي الموازيَّة مثله، وقال أشهب: فيها وفي المجموعة: لا يمكن من القتل بيده خوف أن يتعدى.

قُلتُ: وتقدم ذكر الجناية على القاتل قبل قتله.

وفيها: مع سماع ابن القاسم: على الجاني مع القود العقوبة.

ابن رُشْد: الأظهر قول من قال: لا يعاقب؛ لأن حبسه إلى برء الجرح زجر، وما لا قود فيه، كالمنقلة يعاقب مع الغرم، سمعه ابن القاسم في رسم مساجد القبائل من كتاب الحدود.

وسمع القرينان: تقام الحدود في الحرم، ويقتل بقتل النفس في الحرم.

ابن رُشْد: سمع ابن القاسم: ولا خلاف فيه بين فقهاء الأمصار.

وقال في سماع أبي زيد: روي عن ابن عباس: من أصاب الحد في الحرم؛ أقيم عليه

وإن أصابه في غيره، ثم لجأ إليه لم يكلم ولم يجالس ولم يؤو، حتى يخرج منه؛ فيقام عليه الحد، وقيل: إذا لجأ إليه أخرج منه فأقيم عليه.

قُلتُ: ما عزاه لفقهاء الأمصار، خلاف نقل ابن القُصَّار وعبد الوهاب وغيرهما، قال ابن القُصَّار: قال أبو حنيفة: إن قتل في الحرم قتل فيه، وإن قتل في الحل ثم لجأ إلى الحرم، لم يقتل ولم يخرج منه، ولكن يهجر ولا يبايع ولا يؤوى، حتى يضطر للخروج فيقتل ووافقنا في الطرف، ويؤخر العقل والقود سنة.

وفيها: يؤخر بالمقطوع الحشفة، حتى يبرأ، إلا أن مالكًا قال: ولا يقاد من جرح العمد ،ولا يعقل في الخطأ إلا بعد البرء، وإن طلب المقطوع الحشفة حتى يبرأ، إلا أن مالكًا قال: لا يقاد من جرح العمد تعجيل فرض في الدية، إذ لا بد منها، ولو عاش لم يكن له ذلك لعل أنثييه، أو غيرهما تذهب من ذلك، وكذا في الموضحة والمأمومة، وتؤخر العين سنة، فإن مضت ولم تبرأ انتظر برؤها، ولا يكون قود ولا دية، إلا بعد البرء، وإن ضربت فسال دمعها، انتظر بها سنة، فإن لم يرقأ دمعها ففيها حكومة، ومثله في الموطأ.

الباجي: لأنه قد يؤول إلى النفس فيعود القود ثانيا، وهو خروج عن المماثلة.

قُلتُ: عزا هذا التعليل الصقلي لأشهب، وفي سماع أَصْبَغ قال أشهب: يستأنى بذهاب العقل سنة.

ابن رُشْد: الوجه في ذلك أن تمر عليه الفصول الأربع، ولا خلاف في انتظاره سنة، إنما اختلف في الجراح، قيل: ينتظر بها سنة ولو برئت قبلها، فإن مضت ولم تبرأ انتظر برؤها بعدها، هذا مذهب المدَوَّنة.

وقال ابن حبيب: إن برئت قبل السنة، لم ينتظر تمامها إلا أن تبرأ على عثل، فإن برأت عليه انتظر تمامها، ولا ينتظر بها بعد السنة، ويحكم بالقود عند تمامها، فإن ترامى الجرح لذهاب عضو، نظر فيه، كما لو حكم بالقود بعد البرء، ولما ذكر الباجي رواية ابن القاسم كابن وَهْب، قال: وقال أشهب: إن مضت السنة والجرح بحاله عقل مكانه، المغيرة: لم أسمع فيه توقيتًا.

قُلتُ: زاد أشهب في الموازيَّة، فإن ترامى إلى أكثر طولب به، والظالم أحق أن يحمل عليه.

عياض: اختلف في الاستيناء لتمام السنة إذا ظهر البرء قبلها، فقال ابن شاس: ينتظر تمامها وظاهر كلام غيره خلافه، وهو ظاهر الأصول لا معنى بعد البرء لرعي الفصول.

وفي الموازيَّة: إن استقر مقر العين عقل ما ذهب منها، وإن كان قبل السنة وكل جرح تحمله العاقلة كالمأمومة والجائفة والمواضح تبلغ الثلث، ففي تعجيل عقلها وتأخيره لتمام السنة، نقل الشَّيخ عن محمد قولي ابن القاسم وأشهب، قائلاً في قطع الحشفة: لو لا ما مضى من فعل السلف في التأخير لم يؤخر، ولعل الحشفة تنبت، وقد قيل لمالك: إن اللسان ينبت.

عبد الحق: العين الدامعة لا ينتظر بها بعد السنة بخلاف المنخسفة؛ لأن انخسافها جرح لا بد من برئه، والعين الدامعة تبقى على حالتها تدمع أبدًا، هذا موجود في الناس.

وقال عياض: قوله في قطع اللسان ينتظر ما يصير إليه.

قُلتُ: في الدية والقود قال في الدية: ظاهره تعجيل القود كسائر الأعضاء، ولا ينتظر نباته كما يقاد في الأعضاء، فإن نبت لحمها، فقال بعض شُيُوخنا: يجب على قوله في سن الصبي وثدي الصغيرة، إذا ثبت أن لا قود فيه أن ينتظر نباته، وفرق عياض بما حاصله عندي أن عود ذلك في الصغير أقرب من عود اللسان، وما حمل عليه المدَوَّنة من التعجيل في قود اللسان خلاف ما تقدم، من وجوب الاستيناء في العمد والخطأ.

ونحو قول عياض: نقل النوادر عن أشهب: إن قلعت سن الصبي وقد أثغر ونبتت أسنانه؛ عجل العقل في الخطأ، والقود في العمد وقولها: إن قطع ثديا الصغيرة، فإن استوقن بطلانهما، ولا يعودان أبدًا؛ ففيهما الدية، وإن شك في ذلك؛ وضعت الدية واستونى بهما.

اللخمي: الجراح في تعجيل الحكم قبل البرء أقسام؛ ما دون الثلث، ويخشى تناميه؛ يؤخر، وإن لم يخش كالموضحة في تأخيره للبرء وتعجيله، وهي تدمى، قولا ابن

القاسم وابن عبد الحكم قائلا: إلا أن يخاف أن يكون فيه ثلث الدية، وإن بلغت ديته الثلث كالمأمومة والجائفة؛ ففي تعجيل الدية وتأخيرها قولان، والتعجيل أحسن، وتقدم حكم جرح الخطأ، يعود لهيئته وما يترامى إليه الجرح في أثناء ما لا قود فيه، وفي جراحاتها إن برئ خرم الأنف أو كسره، خطأ على غير عثم؛ فلا شيء فيه، وإن برئ على عثم ففيه الاجتهاد.

سَحنون: لا اجتهاد فيه؛ لأن الأنف جاء فيه فرض مسمى، وإن برئ على عثم فيه بحساب ما نقص من ديته.

اللخمي: مارن الأنف ما لان منه دون عظمه في قصر ديته على مارنه، أو في قطع جميع أصله، روايتان لها وللمبسوط، وهذه أشبه بقوله ﷺ: **«إذا أوعب جدعًا»**[1] فإن فرزه، ثم عاد ففيه حكومة، وإن لم يعد أو صار فيه ثقب فبحسابه.

الشَّيخ: رواية الدية في استئصال العظم شاذة، قال: وفي الموازيَّة؛ إن خرم عظمه دون مارنه ففيه حكومة، إن برئ على شين، وإن خرم ما دون العظم؛ ففيه بحساب ما ذهب من مارنه، وما برئ على غير شين؛ فلا شيء فيه في الخطأ، وفيه في العمد القود.

وقال عبد الحق إثر قول سَحنون: إن خرم العظم وسلم المارن؛ ففيه الاجتهاد، وإن خرم ما دون العظم؛ ففيه بحساب ما نقص من المارن، وكذا في الموازيَّة، وإليه يرجع قول ابن القاسم وسَحنون.

وفيها: من سرق في شدة البرد فخيف موته من قطعه أخره الإمام، ابن القاسم: والحر إن علم خوفه كالبرد.

الشَّيخ: روى أشهب في الموازيَّة: وأما في شدة الحر فليقطع إذ ليس بمتلف، وإن كان فيه بعض الخوف، ورواه ابن القاسم بلاغًا، وقال: يؤخر إن خيف ما يخاف في شدة البرد، قال: والمرض المخوف لا يقطع فيه، ولا يجلد لحد ولا نكال.

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 2/849 في العقول، باب ذكر العقول، والنسائي: 8/57 و58 و59 و60 في القسامة، باب العقول.

اللخمي: إذا وجب الحد على ضعيف الجسم يخاف عليه الموت؛ سقط الحد ويعاقب ويسجن، وإن كان القطع عن قصاص رجع للدية.

وفي كونها على العاقلة أو في مال الجاني خلاف، وحد في القذف والزنا والشرب، يفرق عليه بقدر طاقته حتى يكمل.

قُلتُ: لابن رُشْد عن سَحنون: ليس لمن خاف على نفسه من الختان تركه، ألا ترى أن من وجب قطع يده لا يترك لذلك، قاله في ترجمة ما جاء من اختتان إبراهيم عليه الصلاة والسلام، من رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من أوائل الجامع، وفي سرقتها من اجتمع عليه حد لله وحد للعباد بريء بحق الله، إذ لا عفو فيه ويجمع ذلك إلا أن يخاف عليه الموت، فيفرق ولو سرق وقطع شمال رجل؛ قطعت يمينه وشماله للقود، ويجمع ذلك عليه الإمام، أو يفرقه بقدر ما يخاف عليه.

اللخمي: إن خيف عليه في إقامة ما هو لله دون ما للآدمي؛ أقيم عليه ما للآدمي وإن كان الحقان للآدمي بقذف وقطع اقترعًا أيهما يبدأ، من غير مراعاة للآخر، وإن حمل أحدهما دون الآخر؛ أقيم أدناهما دون قرعة.

الصقلي عن محمد: إن رأى الإمام قطع المحارب في برد شديد، فلا يؤخر بخلاف قطع السرقة؛ لأن الإمام لو قتل هذا المحارب جاز له.

ابن عبد السلام: ليس هذا ببين؛ لأن قطع المحارب، إنما هو بالاجتهاد لا التشهي فمن استحق القطع، لا ينبغي أن يزاد عليه للقتل، هكذا ينبغي.

قُلتُ: القطع على قسمين قطع مع قيد السلامة من خوف موته، وقطع مع احتماله والمحارب معروض للثاني لعدم عصمة دمه مطلقًا؛ لأنه لو قتله غير الإمام لم يقتل به فإذا رأى الإمام قطعه مع احتمال موته جاز، والرواية إنما وقعت فيمن رأى الإمام قطعه في برد شديد، أما لو رآه في غير البرد ثم تأخر إليه، لا ينبغي أن يستأنف الإمام النظر فيه.

وفي الموازيَّة: تؤخر الحامل في قتل النفس، لوضع الحمل عند ظهور مخايله لا بمجرد دعواها.

قال محمد: وفي القصاص الشَّيخ: يريد في الجراح المخوفة، ولا تؤخر بعد الوضع إلا أن لا يوجد من يرضعه، وتحبس الحامل في الحد والقصاص، ولو بادر الولي فقتلها فلا غرة للجنين، إلا أن يزايلها قبل موتها؛ ففيه الغرة إلا أن يستهل صارخًا.

الشَّيخ عن الموازيَّة: لمن وجب على امرأته قود وطئها بخلاف أمته؛ لأنها مرتهنة بالأرش حتى يحدها وقاله أشهب.

وسمع القرينان لولي القتيل بالعصا قتل قاتله بالعصا أو بالسيف، إذا ضربه ضربة واحدة يجهز عليه فيها، لا يكون شيئًا مختلفًا، فإن كان هكذا فلا.

ابن رُشْد: هذا مثل قولها أنه إن كان ضربه عضوين ضرب القاتل بالعصا حتى يموت؛ يريد: مع قصده الإجهاز عليه في كل ضربة، كما قال في هذا السماع، ولو رمى رجل رجلًا بسهم فقتله؛ لوجب على مذهب مالك أن يقتل طعنًا، بمثل السهم الذي رماه به.

وقال سَحنون: إن كان العصا والحجر مجهزًا؛ قتل بمثله، وإن كان غير مجهز قتل بالسيف لا بغيره.

وسمع عبد الملك ابن القاسم: من قتل رجلا بتغريق أو سم؛ قتل بمثل ذلك.

ابن رُشْد: هو نص قولها في السم وتأولها الشَّيخ فقال: يعني لوجب القود بغير السم، وهو بعيد كتأويل أَصْبَغ قول مالك فيه، وإذا أقيد على قول مالك بالسم؛ فأحرى بالنار خلاف قول أَصْبَغ: لا يقاد بالنار.

قُلتُ: قال اللخمي: اختلف إن ضرب بالعصا، مثل العدد الأول، فلم يمت، فقال ابن القاسم: يضرب بها حتى يموت.

وروى محمد: إن كانت العصا تجهز في ضربة واحدة قتل بها، وأما ضربات فلا، وليقتله بالسيف.

وقال أشهب: إن رأى أنه إن زيد مثل الضربتين مات زيد ذلك، وإلا فالسيف.

وقال عبد الملك: عند محمد إن قتل الأول بالنبل أو برمي الحجارة أو بطرح من جدار أو جبل أو على سيف أو رمح أو غيره فالسيف؛ لأن ذلك قد يخطئ فيصير

تعذيبًا، وأصل قول مالك: القود بمثل الأول، وهو مقتضى الحديث، وإن أمكن أن يخطئ، فالظالم أحق أن يحمل عليه، وذكر الباجي قول ابن الماجِشُون بما تقدم، وبأنه لا يقتل بالنار وقال: المشهور قتله بما قتل به من نار أو غيرها.

ابن رُشْد: إنما يقتل بمثل ما قتل من ثبت قتله بذلك، وأما من يقتل بالقسامة؛ فلا يقتل إلا بالسيف.

وقال ابن العربي: من قتل بشيء قتل به إلا في المعصية كالخمر واللواط والنار والسم، وقيل: يقتل بهما.

قُلتُ: مقتضى قوله: أن المشهور عدم القتل بهما، وقد تقدم خلافه.

وفيها: إن قطع يديه ورجليه، ثم ضرب عنقه قتل، ولا تقطع يداه، ولا رجلاه، وكل قصاص القتل يأتي عليه.

الصقلي: يريد إلا أن يفعله به على وجه العذاب.

الباجي: قال عيسى في المدنيَّة: إن قطع يدي رجل ورجليه، ثم قتله أقيد منه كذلك، قال القاضي: هذا قول أبي حنيفة والشافعي ومالك يقول: القتل يكفي عن كل ذلك.

وقال أَصْبَغ: إن لم يرد القاتل بقطع يديه العبث والإيلام؛ قتل فقط، وإن كان أراد ذلك فعل به مثله، وقاله ابن مزين.

اللخمي: إن قطع يديه ورجليه؛ ثم تركه فمات، ولم يكن أراد قتله؛ قتل عند مالك ولم تقطع أطرافه، وإن أراد قتله، ففعل ذلك، ثم قتله بالفور قتل عند ابن القاسم، ولم يقطع،.

وقال أشهب: يقطع ثم يقتل، وقاله مالك: إن أراد بذلك المثلة وهو أحسن، ولو قطع أصابعه ثم يده، فإن قطع يده بنيَّة حدثت كفى قطع يده عنهما، وإن كانت بنيَّة قطع الجميع على وجه العذاب، جرى على قولي ابن القاسم وأشهب.

قُلتُ: ظاهر قوله أولًا في الاكتفاء بالقتل عن القطع، ثالثها إن لم يرد المثلة لابن القاسم وأشهب، وظاهر قوله في اليد قصر الخلاف على إرادة المثلة، وقول ابن الحاجب

هنا: ولو قطع يدًا أو رجلًا لآخر إلخ، تكرير لقوله قبل: وإذا اجتمع مستحق النفس ومستحق الأطراف، وفي جناياتها إن عفا ولي القتيل الحر على إلزام القاتل ديته، لم يلزمه إلا أن يشاء، وقال أشهب: تلزمه الدية، وإن كره ولا يقتل.

الباجي: هما روايتان، وبقول أشهب، قال ابن وَهْب ويحيى بن سعيد.

قُلتُ: وهو الأظهر ورجحه غير واحد لحديث مسلم، ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يعطى يعني الدية، وإما أن يقاد أهل القتيل.

اللخمي: وعلى الجبر تجبر قاتله رجل على ديته، قال: ويختلف في العكس، هل عليه ديتها أو دية نفسه؛ لأن الولي ملكها كأحد قولي مالك في فقء عين أعور صحيح يغرم ديتها ألف دينار، وعليه يختلف إن قتل جماعة رجلًا، هل للولي دية قتيله، أو دية كل واحد لملكه قتله، وفي دياتها إن عفوت عن عبد قتل، وليك الحر عمدًا، ولم تشترط شيئًا، فكما لو عفوت عن الحر، ولم تشترط شيئًا، ثم تطلب الدية.

قال مالك: لا شيء لك إلا أن يتبين أنك أردتها، فتحلف ما عفوت إلا لأخذها، ثم ذلك لها، وكذا في العبد، ثم يخير سيده، ومثله في الموطأ.

الباجي: من قال: إنما عفوت على الدية فروى مُطَرِّف، إن كان بحضرة ذلك قولًا له، وإن طال فلا شيء له، وقاله ابن الماجِشُون وأَصْبَغ.

قال مالك: إن قال: ما عفوت إلا على أخذ الدية حلف ما أراد تركها، وأخذ حقه منها، ثم رجع مالك، فقال: لا شيء له إلا أن يعلم لما قال وجه، وبه قال ابن القاسم.

وقال ابن القاسم في بعض مجالسه: ليس عفوه عن الدم عفوًا عن الدية، إلا أن يرى له وجه.

قُلتُ: وتقدم قول ابن عبد الحكم في الجبر على العقل في الجراح، ابن وَهْب: لم أسمع تخيير المجني عليه في الجراح، إلا في الصحيح يفقأ عين الأعور، والأعور يفقأ عين الصحيح، أو العبيد يجرح بعضهم بعضًا، أو الكبير يجرح الصغير؛ فوليه بالخيار في القود والعقل، وإن كان ولي القصاص واحدًا، فعفا عن بعض الدم؛ فلم أر فيه نصًّا وإن عفا المجروح عن نصف الجرح، فلسَحنون في المجموعة والعتبيَّة: إن أمكن القود

من نصفه أقيد منه، وإن تعذر فالجارح مخير في إجازة ذلك، ويغرم نصف العقل وإلا قيل للمجروح إما أن تقتص أو تعفو، وقال أشهب: يجبر على عقل النصف.

وفيها: إن عفا أحد البنين سقط حظه من الدية، وبقيتها بين من بقي يدخل فيه الزوجة وغيرها، ابن شاس: للولي المفلس العفو عن القود إذ ليس بمال إلا عن الدية بعد تقررها، فلو كان الدم لرجلين مفلسين فعفا أحدهما، ثم الثاني صح عفو الأول لا الثاني إلا فيما زاد على ديته.

قُلتُ: هو مقتضى قول صلحها للمقتول العفو عن دم العمد وجراحاته، فإن لم يدع مالًا، وكان عليه دين يغترقه لا مقال لغرمائه.

الباجي: إن كان الأولياء ذكورًا وإناثًا، بنين وبنات أو إخوة وأخوات، فعفا بعض الذكور، فلباقي الورثة حظهم من الدية، وإن عفا كل الذكور، فقال محمد عن ابن القاسم وأشهب يسقط حق البنات.

وروى أشهب مرة حق البنات باق، وبالأول قال من أدركنا من أصحاب مالك، وهذان القولان مبنيان على نقل القاضي الخلاف هل للنساء مدخل في العفو أو في المطالبة، هذا إذا عفا الرجلان في فور واحد، فإن عفا أحدهم ثم بلغ الآخر، فعفا فلا يضر ذلك من معهما من أخت وزوج وزوجة، قاله محمد.

ابن رُشْد: إن عفا بعض الأولياء بعد ثبوت الدم، ولو بقسامة، وأكذب نفسه بعدها بطل الدم.

وفي بطلان الدية مطلقًا، ولو قبضت ردت وبقاء حظ من لم يعف، ولم يكذب نفسه، ثالثها: إن أكذب نفسه لابن الماجِشُون وغيره، وابن القاسم فيها قال: ففي بطلان الدية بعفو بعض الأولياء الثلاثة لمن ذكر وسوى ابن القاسم بين العفو والنكول قبل القسامة، وفرق بعدها بين أن يعفو أو يكذب نفسه.

وفيها: من أسلم من أهل الذمة أو رجل لا تعرف عصبته، فقتل عمدًا ومات مكانه، وترك بنات؛ فلهن أن يقتلن، فإن عفا بعضهن وطلب بعضهن القتل، نظر السلطان بالاجتهاد في ذلك، إن كان عدلًا فإن رأى العفو أو القتل أمضاه، وفي تعليقة

أبي عمران: الإمام هنا بمنزلة العصبة؛ لأنه يرث لبيت المال ما بقي.

قيل له: فإن لم يكن إمام عدل كوقتنا، قال: فلا قتل له، فإن كان بالموضع جماعة عدول قاموا مقامه.

قُلتُ: انظر هذا مع معروف المذهب في إمضاء أحكام قضاة البغاة، ابن شاس: إن عفا بعض الورثة سقط القود إن ساوى من بقي في الدرجة، أو كان أعلى منه، فإن كان دونه لم يسقط بعفوه، فإن انضاف إلى الدرجة العليا الأنوثة، كالبنات مع الأب أو الجد، فلا عفو إلا باجتماع الجميع، فإن انفرد الأبوان فلا حق للأم في عفو ولا مثل.

وكذا الإخوة والأخوات معه، وأما الأم والإخوة؛ فلا عفو إلا باجتماعهم معهما، فإن اجتمعت الأم والأخوات والعصبة؛ فاتفق العصبة، والأم على العفو مضى على الأخوات، وإن عفا العصبة والأخوات، لم يمض على الأم، ولو كان مكان الأخوات بنات مضى عفو العصبة، والبنات على الأم، ولم يجز عفو العصبة، والأم على البنات ومتى اجتمع البنات والأخوات؛ فلا قول للعصبة؛ لأنهن يحزن الميراث دونهم، ولا تجري الجدة مجرى الأم في عفو ولا قيام.

قُلتُ: ما ذكره هو تحصيل قولها مع غيرها من الأمهات، ومن قتل من طلبه أن يقتله على أن عفا عنه في قتله به وصحة عفوه عنه، ثالثها: يغرم الدية في ماله للعتبي عن سَحنون قائلا: اختلف فيه بعض أصحابنا، والأحسن قتله؛ لأنه عفا عن شيء لم يجب له وبعض أصحابه، ونقل ابن رُشْد قائلًا: هو الأظهر.

قُلتُ: في النوادر عن أبي زيد عن ابن القاسم مثل لفظ سَحنون، وقال الصقلي في كتاب الجعل والإجارة: روى ابن سَحنون عنه: من قال لرجل: اقتلني ولك ألف درهم، فقتله لا قود عليه، ويضرب مائة ويحبس عامًا، ولا جعل له.

وقال يحيى بن عمر: للأولياء قتله وعلله بما تقدم، قال: ولو قال اقتل عبدي ولك كذا أو بغير شيء، فقتله ضرب مائة وحبس عامًا، وكذا السيد يضرب ويحبس، واختلف هل يكون له على القاتل قيمة العبد أم لا؟ والصواب لا قيمة عليه، كما لو قال: احرق ثوبي ففعل؛ لا غرم عليه.

قُلتُ: ما نقله الصقلي عن سَحنون خلاف ما تقدم عنه في العتبيَّة، ولم يحك ابن رُشْد عنه خلافه.

الشَّيخ: روى ابن عبدوس: من قال لرجل: اقطع يدي، أو يد عبدي عوقب المأمور، إن فعل ولا غرم عليه في الحر، ولا في العبد.

ابن حبيب عن أَصْبَغ: يغرم قيمة العبد لحرمة القتل، كما يلزمه في دية الحر إذا قتله بإذن وليه، وفي دياتها إن قطع يده عمدًا فعفا عنه، ثم مات؛ فلأوليائه القود في النفس بقسامة، إن كان عفا عن اليد لا النفس، وفي صلحها إن صالحه على مال، ثم تري فيها فمات فلأوليائه أن يقسموا ويقتلوا، ويردوا المال، وإن أبوا بقي لهم المال الذي أخذوا في قطع اليد، وكذا لو كانت موضحة خطأ؛ فلهم أن يقسموا، ويأخذوا الدية من العاقلة، ويأخذ الجاني ماله، ويكون في العقل كرجل من قومه، وليس للقاطع إن نكلوا عن القسامة أن يقول لهم: قد عادت الجناية نفسًا فاقتلوني، وردوا المال، ولو لم يكن صلح، فقال ذلك وشاء الأولياء قطع اليد، فذلك لهم، ولهم أن يقسموا ويقتلوا.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من صالح عن موضحة، ثم صارت منقلة لا يكون عقل ولا صلح إلا بعد البرء، فإن وقع هذا رجع بفضل المنقلة، فإن مات أقسموا أنه مات منها ورد الصلح، وأخذوا العقل كاملًا.

ابن رُشْد: قوله: رجع بفضل المنقلة صحيح اتفاقًا؛ لأنه إنما صالح عن الموضحة والعمد والخطأ سواء، بخلاف إذا صالح عن قطع يده، ثم تأكلت للعضد، حسبما مضى في رسم العرية من سماع عيسى.

قُلتُ: فيه ليس له في تأكلها إلا ما أخذ؛ لأن عقل اليد قد صالح عليه، ولو تأكل الجرح إلى غير ما صالح عليه، كما لو صالح عن قطع أربع أصابع بديتها، ثم ذهبت الأصبع الخامسة بتأكل الجرح لأخذ ديتها، ولو صالح عن قطع أصبعين، ثم ذهبت بقية أصابع يده بتأكل الجرح، ففي الخطأ يرد ما أخذ، وتصير دية لليد على العاقلة، وفي العمد يزاد المجروح بقية تمام دية اليد من مال الجارح.

قال ابن رُشْد في سماع أَصْبَغ: ولو مات من ذلك الجرح افترق العمد من الخطأ

على مذهب ابن القاسم في الخطأ يرد الأولياء على الجاني ما أخذوا منه، ويقسمون الدية على العاقلة، وهو معنى قوله في هذا السماع: وفي العمد يخير ورثة القتيل بين التمسك بالصلح ورده، وفي رسم أسلم من سماع عيسى من الديات: لا يصح الصلح في الجراحات على الموت.

ابن رُشْد: الصلح في الجراحات على تراميها للموت في الخطأ، فيما دون الثلث كالموضحة؛ لا تجوز اتفاقًا، ويفسخ، فإن وقع برئ ففيه أرشه، وإن مات؛ فالدية على العاقلة بقسامة.

وفيما بلغ الثلث في منعه وجوازه نقلا ابن حبيب وغيره.

وفي العمد الذي فيه القود سماع عيسى، وقول ابن حبيب مع قول صلحها.

قُلتُ: فيها صلح المريض على أقل من أرش الجراح، أو من الدية جائز.

عياض: تأولها الأكثر على أن الصلح عن الجراحة فقط، لا على مآل الموت، وتأولها ابن العطار على مآل الموت.

ابن رُشْد: وما لا قود فيه لا تجوز على ترامیه للموت، قاله ابن حبيب، وعليه دون ترامیه لما أجازه ابن حبيب، فيما فيه عقل مسمى، قال مرة عليه وعلى ما يترامى إليه دون الموت، ومرة عليه فقط، ومن نزي في جرحه فمات بعد صلحه عنه في تخيير الولي في إتمامه ونقضه برجوعه للقسامة على موته، فيقتل في العمد، ويأخذ الدية في الخطأ، ولو كره الجاني، ووقف إمضاءه على رضى الجاني، ثالثها: في العمد ويلزم النقض في الخطأ.

لأَصْبَغ وأشهب على أصله: فيمن نزر في قطع يده؛ فمات ليس لأوليائه إلا القسامة للقتل، ولا قود لهم في الجرح إن أبوا القسامة؛ لأن الدم آل للنفس كحجته في الخطأ، أنه آل إلى العاقلة، وقول ابن القاسم مع ظاهر قوله فيها، وسماعه يحيي على أصله فيمن نزي في قطع يده، فمات وارثه مخير في قطع اليد، وفي القسامة للقتل.

وفيها: من جنى خطأً وهو من أهل الإبل فصالح الأولياء عاقلته على أكثر من ألف دينار، جاز إن عجلوها، فإن تأخرت لم يجز؛ لأنه دين بدين وفي العمد جائز؛ لأنه

ليس بمال، ومثله في الموازيَّة وزادوا ولو بذهب والجاني من أهل الورق أو الإبل، وإنما يتقى ما يدخل في الدية في الخطأ؛ لأنه دين ثابت.

الصقلي: إن قيل كيف صح لغو اعتبار الدية في العمد، على قول أشهب الذي رأى جبر الجاني على الدية، قيل قد قال أشهب له العفو في مرضه.

قُلتُ: يرد بأن هذا بعض ما استشكل، والجواب أن الأصل الدم، والمال إنما هو بالجبر، وهو لم يقع وعدم وقوع السبب الخاص ملزوم، لعدم ثبوت مسببه، ولا سيما على القول بأن من ملك أن يملك لا يعد مالكًا.

ثم قال الصقلي: في المدَوَّنة لابن القاسم عفو المريض عن قاتله العمد من رأس ماله، وقال أشهب في الثلث، فهو اختلاف قول، وفيها إن صالح أحد ولي القتيل عمدًا على عرض أو مرض، فللآخر الدخول، ولو صالح أحد ولي القتيل القاتل على شيء.

ففي تخيير الآخر في الدخول عليه فيه واختصاصه به، قولا ابن القاسم، وعلم فيها وفي كون قول أشهب فيها كابن القاسم، أو على نقل عياض عن الأشياخ وسَحنون.

عياض: نوقض قولها ولا سبيل إلى القتل بقولها في الجنايات: إن عفا أحدهما على أخذ القاتل، وهو عبد وابن السيد من دفع نصف الدية للآخر، والعافي من جعل العبد بينهما ورده أن لهما القتل، فقال بعضهم: يمكن أن يكون اختلاف قول، وإن يفرق بأن جناية العبد متعلقة برقبته، إلا أن يفديه سيده، وفي الحر متعلقة بذمته.

عياض: هذا غير بين، وما هو إلا اختلاف.

قُلتُ: الأظهر تمام الفرق؛ لأن العافي في العبد لم يبق للآخر ما يتعلق به حقه من أمر مالي، لانحصار الأمر المالي في عين العبد، وقد أخذه فبقي حقه متعلقًا بما كان متعلقا به بالأصالة، وهو الدم؛ فكان له القتل، وكلما كان له كان للآخر تساويهما، والعافي في الحر أبقى للآخر، ما يتعلق به حقه من الأمر المالي، وهو منابه من الدية في ثمة القاتل.

وفي النوادر قال محمد: ما وجدت لتفريق ابن القاسم بين الحر والعبد حجة.

وفيها: إن أراد من أحاط الدين بماله، أن يصالح على مال يعطيه عن قود عليه بلغه

ما به رده لك.

عياض: حمله بعضهم على ظاهره، وأن لهم رده؛ لأنهم لم يدخلوا عليه بخلاف نكاحه وتسريه.

وقال أبو عمران وأبوبكر بن عبد الرحمن: إنما هو ما لم يدفع ذلك قبل قيامهم بفلسه، وجعلوه كرهنة وقضائه بعض غرمائه.

وفيها: لا يجوز صلح جناية العمد على ثمرة لم يبد صلاحها، إن وقع بطل القود، ولزمت الدية، كنكاح بذلك، فبات بالبناء غيره يمضي كالخلع؛ لأنه أرسل بقدر ماله إرساله بغير شيء.

عياض عن القابسي: هذا على أحد قوليه يجبر القاتل على الدية، خلاف قوله الآخر.

وفيها مع غيرها: ما صولح به من عمد دخل فيه سائر الورثة، وقضي منه دين القتيل.

وسمع يحيى ابن القاسم: إن صالح من قتل رجلين عمدًا أولياء أحدهما؛ فلأولياء الآخر القود، فإن قتلوه بطل صلح الآخرين؛ لأنه إنما صالحهم للنجاة، ولم يزد ابن رُشْد فيها شيئًا، والعفو عن جناية الخطأ، ترك مال فيها من عفا عن عبد قتله خطأ، فإن كانت قيمته قدر ثلثه جاز عفوه، وإلا جاز منه قدر الثلث، وفي أول وصاياها من أوصى لمن ضربه وعلم به ضربًا خطأ؛ جازت وصيته له في المال، والدية وعمدًا تجوز في المال دون الدية؛ لأن قبول الدية كمال لم يعلم به **محمد**، ولو قال إن قبل أولادي الدية فوصيتي فيها أو أوصى بثلثها، فلا وصيَّة فيها **محمد** لا يعلم هل يكون أو لا؟

الصقلي: ولو أنفذت مقاتله فقبل أولاده الدية وعلمها، فأوصى فيها دخلت فيها وصاياه.

وفيها لو صالح الجاني على العاقلة فيما عليها، فأبت لم يلزمها، وقول ابن الحاجب وكذا العكس واضح؛ لأنها فيما يلزمه دونها كأجنبي.

وفيها إن ادعى الجاني عفو الولي استحلفه، فإن نكل حلف القاتل.

الصقلي: إنما يحلف القاتل يمينًا واحدةً؛ لأنها التي كانت على المدعى عليه.

عياض: يقوم منه إلزام اليمين في الدعوى المجردة، وفي دعوى المعروف في هبة ثمن المبيع والكراء والإقالة، وهو أصل متنازع فيه، ولهذا لم ير أشهب في دعوى العفو يمينًا، واختلف شُيُوخنا في التنازع فيه.

قيل: هو اختلاف من قوله، وقيل: اختلاف حال، فلا يلزم اليمين بمجرد الدعوى، وتلزم مع وجود التهمة.

قُلتُ: تذكر قوله في أكرية الدور قوله: (بل أسكنتني باطلا).

وفي كتاب الجعل، يقول رب الثوب للصانع: عملته لي باطلاً، وفي العارية: من ادعى أن رب الدابة أعارها إياه.

الشَّيخ لأشهب في الموازيَّة: لا يمين على الولي؛ لأن الحلف في الدم، إنما هو خمسون يمينًا؛ فهذا يريد أن يوجب عليه مع البينة قسامة، أو مع القسامة قسامة أخرى، ولو رضي بيمين واحدة، لم يكن له ذلك، أرأيت لو استحلفه، فلما قام ليقتل قال: عفا عني؟ قلت: هذا يرد تعليل قوله بعدم توجه دعوى المعروف.

وفيها: إن ادعى القاتل بينة غائبة تلوم له الإمام، لم يقيدها الصقلي ولا عياض.

وفي الرجم منها: إن ادعى القاذف أن المقذوف عبد، وزعم بينة له إن قربت تلوم له الإمام، وإن بعدت له؛ لم يلتفت، لقوله فعلى تقييدها بها يكون وفاقًا على قول ابن الهندي لا يتلوم له إلا بعد حلفه في الحقوق، يحلف هنا وفي صلحها من ثبت له دم عمدًا أو جراحاته، فادعى صلح الجاني، فأنكره فلا قود له، وله عليه اليمين.

اللخمي: لأَصْبَغ في الواضحة: من قال: لا تعفوا عن قاتلي، فإن ثبت دمه ببينة؛ فلا عفو، وإن كان بقسامة؛ فلهم العفو لإمكان كونه لشبهة دخلت عليهم.

قُلتُ: في النوادر قبل هذا الفرع عن أشهب: من قال دمي عند فلان فاقتلوه، ولا تقبلوا منه دية فليس لهم أخذ الدية، وإن أقسموا ثم عفا بعضهم، لم يجز عفوه، وإن نكل بعضهم؛ فلا قسامة فيه.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: لمن صالح قاتل وليه على خروجه من هذا البلد، فإن

وجده فيه قتله.

ابن رُشْد زاد ابن حبيب، فإن شرطوا إن لم يفعل أو فعل؛ فعاد فجاورهم فله الدية فإن ثبت الدم حين الصلح جاز في القود والدية، وإن لم يثبت لم يجز إلا أن يقولوا، فإن لم يفعل أو فعل فعاد، فنحن على حجتنا في الدم، وكذا الجراحات وارث القاتل بعض الدم يسقط قوده به.

وفيها: إن ورث القاتل أحد ورثة القتيل، بطل قوده؛ لأنه ملك من دمه حصة.

الصقلي: قال أشهب: إلا أن يكون من الأولياء الذين من قام بالدم، فهو أولى، فإن للباقي أن يقتلوا، وقول بعض الفاسيين، هو وفاق لابن القاسم، لقوله في البنين والبنات: تموت واحدة منهن.

قال ابن شاس في أربعة إخوة: قتل الثاني الكبير، ثم الثالث الصغير، يسقط قتل الثاني لإرثه نصف دمه الواجب للصغير، وله قتل الثالث بالصغير، فإن عفا؛ فله عليه الدية يقاصه بنصفها.

ابن عبد السلام: إن قتله دفع لوارثه نصف الدية، إن كان هناك من يحجبه وانضم، وإن لم يكن فأظن في منعه إرثه خلافًا في المذهب.

قُلتُ: قال الباجي عن ابن القُصَّار: لو قتل إمام عدل موروثه بقصاص أو زنى أو حد ثابت بإقرار أو بينة؛ فإن أصحابنا لم يفصلوا هذا التفصيل، وأرى من لا تلحقه تهمة يرث، كقتل الخطأ.

ابن شاس: لو قتل أحد الشقيقين أباه، والآخر أمه؛ فلكل القود من الآخر، إن تعجله أحدهما، فلورثة الآخر قتله، فإن تنازعا فيمن يبدأ به منهما اجتهد السلطان برأيه.

وفيها يرجح البداءة بالبادئ، فإن كانا معًا؛ فالقرعة.

ابن شاس: قال خلف بن زرقون: سألت عنها ابن سَحنون، وابن عبدوس فقالا: نرى أن يعفى عنهما جميعًا؛ لأن قتل كل منهما يوجب إرث الباقي إياه؛ فيرث دم نفسه فلا يقتل، وكل واحد يطلب قتل الآخر قبله، فلا بد أن يعفى عنهما، ويرث أحدهما دية أبيه، والآخر دية أمه.

قُلتُ: لا يبعد إجراء القولين على جواز المقاصة، ولزومها في الديتين والذي في الموازيَّة لا قود بينهما؛ لأن لكل واحد منهما حقًّا في أبيه وأمه، ويسجنان عامًا، ويجلدان مائة مائة.

قال ابن الحاجب إثر ذكره هذه المسئلة، وتتميمها بقوله: ويجب لأحدهما دية الأب وللآخر دية الأم ما نصه.

وفي كون إرثه على نحو المال، أو على نحو الاستيفاء قولان، لابن القاسم وأشهب.

قال ابن عبد السلام: معنى الضمير من قوله إرثه، عائد على الدم، ومعنى قول ابن القاسم: إن ولي الدم إن مات تنزل كل ورثته منزلته دون خصوصيَّة لعصبته على ذوي فروضه، فترث البنات والزوجات والأمهات، ولهن العفو والقصاص، كما لو كانوا كلهم عصبة؛ لأنهم ورثوه عمن كان ذلك له.

ومعنى قول أشهب: إنه لا يرثه من ورثة ولي الدم إلا من يرثه من المقتول نفسه، فلو ترك ولي الدم ابنًا وبنتًا وأما وزوجة، لم يكن للبنت والزوجة حظ، كما لم يكن لبنت القتيل وزوجته مع ابنه شيء.

قُلتُ: في رجمها من قتل، وله أم وعصبة، فماتت الأم فورثتها مكانها إن أحبوا أن يقتلوا قتلوا، ولا عفو للعصبة دونهم، كما لو كانت الأم باقية، وفي دياتها إن مات وارث المقتول الذي له القيام بالدم فورثه مقامه في العفو والقتل، وإن مات من ولاة الدم رجل وورثته رجال ونساء، فللنساء من القتل والعفو ما للذكر؛ لأنهم ورثوا الدم عمن له ذلك.

وذكر الشَّيخ عن المجموعة مثل ذلك، من رواية ابن القاسم، وابن وَهْب قال: وقال أشهب: يقوم مقام هذا الميت من ورثته من له القيام بدمه، كأنه مقتول، فلو ترك ولي القتيل بنين وبنات، فأمر الدم للبنين دون البنات.

قُلتُ: ففهم شارحا ابن الحاجب: أن مراد ابن القاسم بالنساء الوارثات ما يشمل الزوجة، وكذا الزوج في الرجال، وليس الأمر كذلك؛ بل لا مدخل للأزواج في الدم

بحال، وفي النوادر ما نصه.

ومن كتاب ابن المواز: إن ترك القتيل عمدًا بالبينة أمًا وبنتًا وعصبة، فماتت الأم أو البنت أو العصبة؛ فورثته في منابه إلا الزوج والزوجة، فإن اختلف ورثة هذا الميت ومن بقي من أولياء القتيل، فلا عفو إلا باجتماعهم انتهى.

قُلتُ: وذكر ابن رُشْد في الأجوبة: أن ما في الموازيَّة غير معزو هو لابن القاسم، فالواجب حمل لفظ المدَوَّنة على هذا.

وفيها مع ابن القاسم في المجموعة: من قتل رجلًا عمدًا، فكان ولي الدم ولد القاتل، فقد كره مالك القصاص منه، وقال يكره أن يحلفه في الحق، فكيف يقتله؟، واستثقل في كتاب القذف أن يحده، وكره في كتاب المديان أن يحلف، قيل لأبي عمران: هل يجري في مسألة القتل ما جرى في مسألة الإحلاف؟ قال: لا؛ لأن النفس أعظم حرمة؛ لأنه لو حذفه بحديدة، لم يقتص منه، كما يقتص من الأجنبي.

قُلتُ: يفرق بأنه لم يرد القتل الموجب للقود في حذفه ابنه، وههنا صدر منه ما يوجب القود.

وللشيخ عن أشهب في المجموعة: ليس له قتله وفي ذلك الدية.

وفي الموازيَّة لأشهب: من قتل زوجته وابنها، ابنه ليس له قتل أبيه، وله الدية على عاقلته.

وقال أكثر العلماء: لا يقتل الأب بابنه، وإن عمد قتله، ولم يتعقب الشَّيخ قوله، وله الدية على عاقلته، وهو مشكل والصواب كونها في ماله.

كتاب الديات

الدية: مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدرًا شرعًا لا باجتهاد[1]،

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (مال) حبس للدية موافق لها في مقولتها. قوله: (يجب بقتل آدمي)، أخرج به مالاً وجب بغير قتل؛ بل باستهلاك أو غيره.
قوله: (آدمي) أخرج به غير قتل الآدمي؛ بل بقتل حيوان غير عاقل وفيه القيمة.
قوله: (حر) أخرج به قتل العبد؛ لأنه فيه قيمة لا دية.
قوله: (عن دمه) يخرج به ما يجب من دين يعجل بقتل مدينه قل أجله فلولا هذه الزيادة لنقض طرده بها قيل عليه لقائل أن يقول: لا يحتاج إلى ذلك القيد؛ لأنه لما قال: يجب بالقتل يمنع ذلك؛ لأن الذي وجب بالموت تعجيل الدين لا وجوب الدين.
قوله: (أو بجرحه) عطف على قتل ليدخل دية العين واليد وغيرهما من دية الأعضاء، قوله: (مقدرًا شرعًا... إلخ) أخرج بقوله مقدرًا شرعًا ما لم يقدره الشرع مما اصطلحًا به.
(فإن قلت): قوله: أو بجرحه يقال عليه: إنه غير منعكس ببعض المنافع كما إذا لطمه على رأسه فأذهب سمعه فإنه لا جرح فيه، وفيه دية مقدرة فلو قال بجرح أو ذهاب منفعة لصح.
قُلتُ: هذا يظهر قوله: (لا باجتهاد) أخرج الحكومة؛ لأن التقدير الشرعي يكون عمومًا وخصوصًا وبعد أن شرحنا الحد المذكور من نسخ كثيرة، وتحققت أن ذلك مثله في المبيضة، وجدنا في نسخة أخرى زيادات على الرسم المذكور.
ثم قال: يجب بقتل نفس آدمي حر أو مثلها حكمًا أو جزئه أو بجرحه مقدرًا شرعًا فزاد نفس، وزاد أو مثلها حكمًا وزاد أو جزؤه، والجزء عطف على النفس، وفيه تجوز ظاهر ويدخل فيه قطع ما فيه الدية من الأعضاء، وأوردنا عليه المنافع، وأجيب بأنها جزء أو كالجزء ومنع ذلك.
وقوله: (أو مثلها) يدخل فيه القوة، أي: مثل النفس حكماً لا أنها نفس، وقد صرح الشَّيخ في حد الغرة بأنها دية، ولا تدخل في حد المبيضة على ما يظهر، ودخول إذهاب المنافع في الحدين فيه نظر، وكذا من سقي سما فاسود أو السن إذا جرى لها ذلك.
وقوله: لا باجتهاد عطف على الشرع ويكون شرعًا نصب على إسقاط الخافض، وأصله مقدر بالشرع لا بالاجتهاد.
(فإن قلت): هذا القيد لا يحتاج إليه لوفاء قوله مقدرًا بالشرع بذلك.
قُلتُ: لعله رفع لما يتوهم أن الحكومة من أصل تقدير الشرع وإذنه.
(فإن قلت): رسم الشَّيخ للدية أورد عليه بعض الشُيُوخ أنه غير مانع بالكفارة في القتل؛ لأن الرقبة يصدق عليها أنها مال... إلخ فالحد صادق على ذلك، وليس ذلك بدية وأجاب عن ذلك بأن

فيخرج ما يجب بقتل غير الآدمي من قيمة فرس ونحوه، وما يجب بقتل ذي رق من قيمته.

[باب في الدية المخمسة]

والحكومة هي للذكر مسلمًا في الخطأ على البدوي مائة من الإبل مخمسة بنت مخاض، وبنت لبون، وابن لبون، وحقة وجذعة.

[باب في دية الفضة والذهب]

وعلى أهل الذهب فيها كأهل الشام ومصر الجلاب، والمغرب ابن حبيب، والأندلس ومكة والمدينة ألف دينار، وعلى ذوي الورق اثني عشر ألف درهم فيها، كأهل العراق الجلاب، وفارس وخراسان.

وفي سماع أَصْبَغ، قال أشهب: أهل مكة والمدينة أهل ذهب أَصْبَغ، هم اليوم كذلك.

ابن رُشْد: لأن أهل الإبل هم البوادي، وأهل العمود، وأما أهل الأمصار والمدن فأهل ذهب أو ورق، وقول أَصْبَغ: هم اليوم أهل ذهب؛ يدل على أن أحوال البلاد تنتقل، وأهل الأندلس اليوم أهل ذهب، وقد كانوا في القديم أهل ورق، على ما يوجد في وثائقهم، وقاله المؤرخون.

قلت انظر هذا، مع ما تقدم للشيخ عن ابن حبيب.

= الواجب على القاتل تحرير الرقبة لا الرقبة وتحريرها ليس بمال فإن الله تعالى قال: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة: 3] فأوجب عتقها.

(فإن قلت): عتقها إنما يتقرر بعد ملكه لها، فقد صدق الملك على مال تقرر الملك فيه، وما لا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب، (قلنا): لما قال مال يجب في قتل اقتضى أن المال وجب لذاته، والكفارة لم يجب فيها المال قصدًا؛ وإنما وجب العتق في ملك فالفرق قائم، والله سبحانه أعلم، وبه التوفيق.

[باب في المربعة في الإبل]

وفي العمد على أهل الإبل، قال ابن نافع في المجموعة، وغير واحد: إذا قبلت مبهمة مربعة بطرح ابن اللبون[1].

الباجي: هذا المشهور عن مالك، وفي الموازيَّة: إن اصطلحوا على شيء، فهو ذلك وإن اصطلحوا على دية مبهمة، أو عفا بعض الأولياء، رجع الأمر إلى دية الخطأ.

[باب في المربعة على أهل الذهب]

وقال ابن نافع: المبهمة في العمد مربعة، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم.

ابن رُشْد: وروى ابن القاسم، وقال هو وابن نافع: لا تغلظ عليها بفضل ما بين أسنان دية الخطأ، ودية العمد، كما في دية التغليظ المثلثة، وهو ظاهرها، وليحيى عن أشهب تغلظ بفضل ما بينهما.

وقول ابن الحاجب، بعد ذكره القولين: وقيل قيمة الإبل المغلظة ما لم تنقص، هو أحد القولين في كيفية التغليظ في المثلثة.

[باب في المثلثة في أهل الإبل]

ودية الخطأ على العاقلة منجمة في ثلاث سنين، والعمد في مال الجاني، وفي كونها كذلك أو حالة، روايتا ابن رُشْد قائلًا: الثانية المشهورة، وهي في درء القود بالأبوة والأمومة فيها مع غيرها؛ ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خليفة في بطونها أولادها، لا تبالي من أي سن كانت.

قُلتُ: وفيها: هي في مال الأب حالة.

---

(1) قال الرَّصاع: في العمد إذا قبلت مبهمة ما ذكر في الدية بطرح ابنة لبون، هذا معنى ما أخذ منه وهو ظاهر.

اللخمي: في كونها على الجاني أو العاقلة ثالثها، إن لم يكن له مال، فعلى العاقلة لأقوال مالك.

قُلتُ: إنما عزا ابن رُشْد الثالث لمُطَرِّف وابن حبيب.

اللخمي: وقال عبد الملك: هي على العاقلة معجلة، ولابن القاسم في الواضحة عليها منجمة، ثم رجع لقولها وهو أحسن.

ابن زرقون: لا خلاف على أنها في مال الجاني، وأنها حالة.

[باب في الدية المغلظة في أهل الذهب والورق]

وفي تغليظها على أهل الذهب والورق[1] قولان للمشهور، واللخمي عن أول قولي مالك في الموازيَّة، ولم يعزه ابن رُشْد إلا لنقل القاضي، وعزاه الباجي لروايتي سَحنون وابن عبد الحَكم، وفيها تغلظ على أهل الذهب والورق، فيحمل على دية الخطأ من الذهب أو الفضة جزؤها المسمى للخارج من تسمية فضل قيمة الإبل، مغلظة على قيمة الإبل في الخطأ.

عياض: اختلف القرويون والصقليون هل هذا التقويم على أنها حالة أو منجمة.

ابن رُشْد: في كون التغليظ بقولها أو بحمل الفضل دون تسمية، ثالثها بإيجاب قيمة الإبل مغلظة ما لم تنقص عن دية الخطأ، لسماع ابن القاسم معها وغيره، ونقل القاضي.

---

(1) قال الرَّصاع: يؤخذ رسمها من نصها أن نقول: هي الدية التي تحمل على دية الخطأ من الذهب والفضة جزؤها المسمى للخارج من تسمية فضل قيمة الإبل مغلظة على قيمة الإبل في الخطأ هذا الكلام معناه: أن الدية تكون مخمسة مائة من الإبل واثنا عشر ألفًا على أهل الورق وتكون مثلثة، وهي المغلظة في أصل الإبل كما قدمناه، وأما أهل الورق والذهب، فإنها تغلظ بما ذكرنا في الرسم فتحفظ دية الخطأ في الذهب أو الورق، ثم ينظر إلى قيمة الإبل في المغلظة، يعني: في المخمسة والمثلثة، ثم ينظر إلى الفاضل بينهما وينسب من قيمة الخطأ، فبقدر تلك النسبة يحمل على دية الورق أو الذهب ويكون هو الواجب، وهو المجموع من الدية، ومن الجزء المسمى منها فتأمل ذلك، والله الموفق.

قُلتُ: عزاه اللخمي لرواية البغداديين.

ابن رُشْد: الأول أشهر، والثاني أظهر، وفي تغليظ دية العمد قولان، لسماع يحيى أشهب وغيره، وعزاه اللخمي لابن القاسم في الموازيَّة.

قُلتُ: فيها: وكذا الأب يجرح ولده أو يقطع شيئًا من أعضائه، كصنع المد لجي؛ فإن الدية تغلظ فيه.

وفي سماعه ابن القاسم، قال سَحنون: إلا الجائفة والمأمومة والمنقلة، فإن الأجنبي لا يقاد منه فيها.

ابن رُشْد: حكم تغليظ الجراح في الديتين المربعة والمثلثة، حكم الدية كاملة في الخلاف في التغليظ وصفته، إلا الجائفة والمأمومة والمنقلة، وشبهها من متالف الجراح لا تغليظ فيها على الأب، إلا على القول بتغليظ دية العمد.

والتغليظ عند ابن القاسم وأشهب وأصحابهما فيما صغر من الجراح أو كبر، وعن ابن القاسم: إنما التغليظ فيما بلغ الثلث.

قُلتُ: ظاهر قول ابن رُشْد: أن الجائفة والمأمومة والمنقلة لا تغليظ فيها، وظاهر لفظ الباجي وغيره، أنها كغيرها من الجراح، وقال ابن زرقون: روى ابن عبد الحكم: لا تغليظ في الجراح.

وقال مالك في المدنيَّة والمبسوطة: تغلظ في الجراح كلها، وفرق عبد الملك وسَحنون بين ما يقتص منه في العمد، وما لا يقتص.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: إن رضي الكتابيون بحكمنا، حكمنا بينهم بالتغليظ في النفس والجراح والمجوس، لا تغلظ عليهم، قاله مالك والمغيرة وعبد الملك، وأنكر سَحنون قول عبد الملك في المجوس.

وقال أصحابنا: يرون أن يغلظ عليهم، ولم أر قوله في سماع، وفيها دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم، ودية نسائهم من ثمانمائة درهم، والمرتد إن قتله مسلم قبل استتابته لم يقتل به.

الباجي عن ابن القاسم وأشهب وأَصْبَغ: ديته دية مجوسي في العمد، والخطأ في نفسه وجرحه، رجع للإسلام أو قتل على ردته.

ولسَحنون عن أشهب: ديته دية الدين الذي ارتد إليه.

وفي المقدمات قيل: لا دية على قاتله.

وفي البيان قاله سَحنون، وروي عن أشهب، وفي تعليقة الطرطوشي: من لم تبلغه الدعوة بحال كمن في جزيرة إن قتل.

قال أصحابنا: لا يضمن، ومن قول مالك: إن أقام مسلم بدار الحرب مع القدرة على خروجه لا دية فيه، وفيها مع غيرها دية نساء كل نوع نصف دية رجاله، ودية جراح غير المسلمين من دياتهم كجراح المسلم من ديته، وفيها مع غيرها في كل ذي رق قيمته، ولو زادت على أكبر دية، وفي الجنين غرة يأتي تفسيرها.

الشَّيخ: عن المجموعة والموازيَّة، روى أصحاب مالك: ليس في ما دون الموضحة في الخطأ عقل مسمى ابن القاسم وأشهب، إلا أن يبرأ على شين، ففيه حكومة.

ولمالك في المختصر: لو جرى أهل بلد على عقل مسمى فيما دون الموضحة، رأيت أن يبطل ذلك الإمام، ولا يحكم به.

وروى: علي من ضرب رجلًا فوقعت مصارينه في أنثييه، فإنما فيه حكومة.

ابن زرقون لابن كنانة في المبسوط: في الملطاة نصف عقل الموضحة، وقضى به عمر وعثمان، وكل المذهب على أن في الموضحة نصف عشر الدية، وفي المنقلة عشرها، وفي المأمومة ثلثها، والجائفة مثلها، وتقدم تفسير جميعها.

ابن القُصَّار: لم يذكر مالك ولا أصحابه الهاشمة.

ابن رُشْد: لم يعرفها مالك، وقال ما أرى هاشمة في الرأس، إلا كانت منقلة، وديتها عند من عرفها من العلماء، وهم الجمهور عشرة من الإبل.

اللخمي: في كون عقلها كالموضحة أو مع حكومة، ثالثها كالمنقلة لمحمد وابن القُصَّار والأبهري، وتعدد المواضح ببقاء فصل بينها لم يبلغ غايتها، ولو جرح أو ورم، ولو كانت بضربة واحدة، وتتحد بعدمه ولو عظمت في ضربات في فور واحد، وكذا

المنقلة والمأمومة والجائفة.

الشَّيخ عن ابن القاسم وأشهب في المجموعة: لو انخرق ما بين الجائفتين لم يكن فيهما إلا دية واحدة كالموضحة تكشف من قرنه إلى قرنه، ولو كان بضربات إلا أنها في فور واحد، وكذا المأمومة والمنقلة، ولو لم يتحرق الجلد حتى يتصل ذلك، وإن كانت في ضربة واحدة فهي مواضح، ولو كان ما بينها جرح لا يبلغ العظم أو ورم، وكذا المناقل والموامم.

ابن عبد السلام: جعلهم الضربات في فور واحد، كالضربة الواحدة، إن كان متفقًا عليه سلم، وإلا فالقياس خلافه، ولا يبعد تخريج الخلاف فيه.

قُلتُ: ما أنكره هو أصل المذهب في تكرير لبس المحرم وتطيبه، والأظهر في المنقلة والمأمومة والجائفة إن قصد بالتكرار في فور واحد التعذيب أن يتعدد العقل فيها، ولا يتصور هذا في المواضح؛ لأن في عمدها القصاص، ولا يتصور قصد العذاب في الخطأ، وفيها إن نفذت الجائحة، فقد اختلف فيها قول مالك، وأحب إلي أن يكون فيها ثلثا الدية.

وذكره الشَّيخ من المجموعة قال محمد: وبه أخذ أشهب، وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ، وقضى به أبو بكر ﷺ.

اللخمي: الصواب أنها جائفة واحدة؛ لأنه إنما جعل فيها ثلث الدية لغررها، وأنها تصادف مقتل القلب أو الكبد أو غير ذلك، وهذا إنما يخشى حين الضربة من خارج ويقودها، ونفوذها من داخل إلى خارج لا غرر فيه.

وفي النوادر عن أشهب: الحكومة أن يقوم ذلك أهل المعرفة بقدر شينه وضرره.

وروى غيره: الحكومة أن يقوم المجروح عبدًا صحيحًا، ويقوم بذلك الشين فبما نقصه نقص مثله من ديته، ومثله في كتاب الأبهري، وهو نص الجلاب بزيادة يجعل ما بين القيمتين جزءًا من ديته.

وفي تعليقة أبي عمران تفسير الحكومة: أن يقوم عبدًا صحيحًا، وعبدًا بجراحه فينظر ما نقص، فيكون عليه من الدية بقدر ذلك، هذا قول ابن إدريس، وتبعه عليه

أصحابنا البغداديون، والذي في تفسير ابن مزين: الحكومة أن ينظر الإمام على قدر اجتهاده، ومن يحضره.

قال أبو عمران: هذا الذي كنا نقوله قبل أن يظهر على قول ابن إدريس.

قُلتُ: وألفاظ المدَوَّنة يأتي فيها مرة لفظ الحكومة، ومرة لفظ الاجتهاد، كما مر في نقل النوادر عن أشهب وغيره، فيحتمل أن يكونا مترادفين أو متباينين.

وقول ابن شاس: الحكومة تقدر بعد اندمال الجرح، هو مقتضى رواياتها مع غيرها.

وللشيخ في الواضحة، قال مالك: أقول ينتظر بالقتل، ولكن ما استقر به عليه بعد السنة حكم به، وليس العثل كغيره من الجراح ينتظر برؤها.

قُلتُ: هذا معنى قولها إن مضت السنة، أواه والعين منخسفة لم تبرأ، انتظر برؤها، وإن ضربت فسال دمعها، انتظر بها سنة، فإن لم يرق دمعها؛ ففيها حكومة، وفيها مع غيرها ما برأ من خطأ على غير شين، فلا شيء فيه.

قال: فيها إلا الموضحة، ففيها ديتها؛ لأن فيها دية مسماة.

وللشيخ عن الموازيَّة: إن برأت وعادت لهيئتها الموضحة والمأمومة والمنقلة والجائفة؛ ففيها ديتها، وما ليس فيه توقيف من الجراح، إنما فيه بقدر شينه إن برأ على شين، وإلا فلا شيء فيه، وكذا كسر اليد والرجل وما برئ على شين من جناية خطأ، وليس فيه عقل مسمى، ففيها مع غيرها فيه حكومة، وما فيه عقل مسمى، إن لم يكن موضحة إندرج في عقله.

قال ابن شاس: إن كان أرش الجرح مقدرا اندرج الشين، إلا في الموضحة، وهو مقتضى تعليل أشهب، سقوط شين الموضحة، بقوله: لأن فيه دية مؤقتة، وإن كان موضحة، ففي لغو شينها، ثالثها: إلا أن يكون شينًا منكرًا.

لأبي عمر عن أشهب، مع روايته، ولها مع الباجي عن مالك، وابن القاسم، والشَّيخ عن رواية ابن وَهْب، مع ابن زرقون عن رواية ابن نافع: قال والثاني المشهور، وفي اعتبار زيادتها ما بلغت أو ما لم تزد على نصف عقلها، نقل ابن زرقون عن المشهور،

وأحد قولي مالك.

قُلتُ: هذا في ما ليس فيه دية كاملة، وما هي فيه؛ إنما فيه بقدر شينه.

فيها: إن برر الصلب على عثل أو حدب، ففيه الاجتهاد فحمله اللخمي على ظاهره.

وقال الصقلي: يعني قدره من الدية، وفي النوادر عن الموازيَّة ما نصه: قال أشهب: ما نقص من قيامه فبحسابه ابن القاسم إن مشى على شين أو حدب؛ ففيه الاجتهاد يعني بقدر ذلك من الدية مما ذهب من قيامه.

وقال أشهب في الموازيَّة: إن عاد الصلب بعد كسره لهيئته، لا قود فيه؛ لأنه متلف، فهو كالخطأ لا عقل فيه ولا قود إلا الأربع جراح التي ذكرنا في الرأس فيهن ديتهن، وإن برئن وفيها.

قُلتُ: الرابعة هي الجائفة، وفي سماع سئل مالك عن من انكسرت فخذه، ثم انجبرت مستوية، أله ما أنفق في علاجه، قال: ما علمته من أمر الناس، أرأيت إن برئ على شين، أيكون له قيمة الشين وما أنفق.

ابن رُشْد: الفقهاء السبعة على وجوب أجر الطبيب، فيما دون الموضحة من جراح الخطأ، وأخذه بعضهم من قول مالك مرة بوجوب رفو الثواب.

قُلتُ: وهو أحروي؛ لأن الدماء آكد من الأموال، وذوات الدية في الأعضاء.

قال ابن شاس: اثنا عشر، وسمع يحيى ابن القاسم: من أصيب بعض أذنه فذهب منها بعض سمعه له في السمع من عقله بقدر ما ذهب منه، وفي ما أصيب من الأذن زائدا؛ جزأه منها على جزء السمع الذاهب منه.

ابن رُشْد: إن ذهب نصف السمع، ونصف الأذن فنصف عقل السمع فقط، وإن ذهبا ثلثا الأذن فحكومة في سدس الأذن مع ذلك، قال: إنما الدية في السمع لا الأذنين إن ذهبتا، والسمع باق؛ فإنما فيهما حكومة، فإن ذهب نصف أذنه وربع السمع؛ فله ربع الدية في ربع سمعه، وفي ربع أذنه حكومة، هذا قول ابن القاسم، وروايته في المدَوَّنة وغيرها.

قُلتُ: مثل قولها في المختصر، وفي النوادر، ذكر بعض البغداديين: أن مالكًا رأى مرة في أشرافها الدية كاملة، وفي الجلاب إن ذهب السمع والأذن بضربة واحدة؛ ففيهما دية واحدة، قاله ابن القاسم، والقياس عندي أن يكون فيهما دية وحكومة.

قُلتُ: ففي كون فيهما الدية أو حكومة مطلقًا، ثالثها: إن انفرد ما ذهب منهما عن مساويه من العقل برواية الجلاب مع البغداديين، والمشهور واختيار ابن الجلاب.

وقول ابن الحاجب: الأذنان على الأصح يخل بالمشهورة، وفي العينين الدية.

الباجي: حجاج: العين العظم المستدير حولها، ويقال هو الأعلى الذي تحت الحاجب.

قال محمد: ما أصيب منه دون كونه موضحة؛ فيرئى على عثم إن انفرد عن ذهاب شيء من البصر معه، ففيه حكومة، وإن أثر في البصر اندرج في عقله، وإن كان موضحة لم يندرج، وكان فيه أرشها، وتقدم نحوه، وفي عين الأعور بخلاف السمع.

وفيها: من أذهب سمع إحدى أذنيه رجل، ثم أذهب رجل سمع الأخرى؛ فعليه نصف الدية بخلاف عين الأعور، وليس الدية في شيء واحد مما هو زوج في الإنسان مثل اليدين والرجلين، إلا في عين الأعور فقط، لما جاء فيها من السنة.

الشَّيخ: روى علي: ولو كان أخذ في الأولى ديتها، ففي الباقية دية كاملة.

قال أشهب في الموازيَّة: قال العراقيون: فيها نصف الدية كإحدى اليدين، وهذا غير مشتبه؛ لأنه يبصر بالعين ما يبصر بهما، قال وإن أصيب من كل عين نصفها، ثم أصيب بضربة باقيهما؛ فإنما فيهما نصف الدية.

وقال عبد الملك: كل الدية.

أشهب: وفي باقي إحداهما ربع الدية، وفي باقي الأخرى نصف الدية، ولو ذهب نصف إحدى عينيه، فأخذ نصف ديتها، ثم أصيب بنصف الصحيحة، فله ثلث الدية؛ لأنه أذهب من جميع بقية بصره ثلثه، ولو أذهب بقية المصابة، لم يكن فيه إلا ربع الدية، ولو ضرب ضربة أذهبت باقيها والصحيحة، فله ألف دينار؛ لأنه باقي بصره.

قال محمد وسَحنون: وهذا متفق عليه بين أصحاب مالك.

أشهب: ولو أصيبت الصحيحة فقط؛ ففيها ثلثا الدية، ولو لم يبق غير نصف المصابة فأصيب، ففيه نصف الدية.

وقال أشهب: ابن القاسم، وعبد الملك: ليس فيما يصاب من السليمة مع بقاء شين من الأخرى، إلا بحساب نصف الدية، وألزم عبد الملك أشهب في النصف الباقي مع السليمة ثلثا الدية.

محمد عن أشهب: في نصف السليمة مع نصف الأخرى باقيا ثلث الدية، ثم في باقي بصره إن أصيب بضربة واحدة نصف الدية، وفي كرتين في الأولى ربعها، وفي الثانية نصفها.

وقال عبد الملك: في النصفين الباقيين من كل عين في ضربة الدية كعين واحدة، وفي ضربتين الأولى بحساب نصف الدية، والثانية بحساب الدية، وكذا لو بقي من كل عين أقل من النصف، إن ذهبا بضربة، فكأنه من عين أعور إن كان ربع جميع البصر، فهو كنصف عين أعور، وإن ذهب باقي إحداهما قبل باقي الأخرى، ففي الأول بحساب نصف الدية، وفي الثاني بحساب كل الدية.

وفي كتاب ابن سَحنون لأَصْبَغ، عن ابن القاسم: من أصيب نصف عينه، ثم فقئ باقيها مع السليمة؛ ليس له إلا ثلاثة أرباع الدية.

قال عيسى: إلا أن يذهب نصفها بأمر من الله؛ فله فيها ألف دينار.

قال أَصْبَغ: ثم رجع ابن القاسم في الغد فقال: فيها ألف دينار؛ لأنه بصره كله، وقاله أشهب.

سَحنون: هذا قول أصحابنا، والأول خطأ ما علمت من يقوله منهم، وفيها العين الضعيفة البصر واليد والرجل، كذلك من خلقة الله، أو بأمر من السماء، والعرق يضرب في الرجل، فتعرج إلا أنه يمشي عليها ويبصر بالعين، ويبطش باليد؛ في كل منها الدية كاملة، زاد مالك في المجموعة: وكذا ما حدث من نقص عن كبر.

ولابن رُشْد في رسم القطعان، من سماع عيسى: قال بعض أهل النظر تلخيص قول عيسى: إن أصيب بعض العين بسماوي، ثم باقيها بجناية خطأ؛ ففيهما كل الدية،

ولو كثر نقصها، وإن نقصت بجناية، وإن أصيب باقيها خطأ، ففيها باقي عقلها، ولو قل نقصها.

ابن رُشْد: إن أصيب بسماوي وأتى النقص على أكثرها، فإنما فيها بحساب ما بقي وإن لم يأت على أكثرها، فإن أصيبت خطأً والنقص فيها بجناية، فثلاثة فيها بقدر ما بقي وقيل العقل كاملا، وقيل إن اقتصر للنقص أو أخذ له عقلًا؛ ففيها بقي بحسابه وإلا فالعقل كاملًا.

الباجي لأشهب في الموازيَّة: من أصاب رجله أمر من عرق يضرب أو ترمد عينه فينقص بصرها؛ فإنما له بحساب ما بقي، كما لو أصابها بمثل ذلك أحد، ومن سوى بين ما يصيبها من أمر الله، ومن الكبر فقد غلط؛ لأن كل جارحة تضعف من الكبر، والمرض يسلم منه كثير من الناس.

قُلتُ: عزو ابن رُشْد: لها قدر ما بقي فقط خلاف قول ابن القاسم فيها، ثم قال مالك إن كان أخذ لها عقلًا، وإلا فالعقل تام.

وتقدم قول مالك في العين القائمة الاجتهاد والأنف، في كون الدية فيه باعتبار مارنه أو مع جميع أصله روايتان لها، وللخمي عن المبسوط، وصوبها قال: والمارن ما لان منه دون العظم.

الشَّيخ عن أشهب: هو الأرنبة، وتقدم الكلام على قولها في خرم أنف رجل فبرئ على غير عثم.

الشَّيخ في الموازيَّة: إن خرم عظمه، وسلم مارنه ففيه حكومة إن برئ على عثم، وإن خرم ما دون العظم؛ فله من الدية بحساب ما ذهب من مارنه، وما برئ من ذلك على غير عثم؛ فلا شيء فيه في الخطأ، وفيه في العمد القود والشم يأتي، والذكر الدية فيه باعتبار الحشفة فقط.

فيها: إن قطع بعض الحشفة فمنها يقاس لا من أصل الذكر، فما نقص منها فيه بحسابه من الدية، والشفتان في جميعهما الدية، وفي إحداهما مطلقًا نصفها، وفيها لم يأخذ مالك بقول ابن المسيب في السفلى ثلثا الدية.

الشَّيخ: قال في المجموعة: لم يبلغني من فرق بينهما غيره وأراه، وهما عنه الباجي.

قال ابن شعبان: الشفة ما زال جلد الذقن والخدين من أعلى وأسفل مستدير بالفم، وهو كل ما ارتفع على الأسنان واللثات.

يريد: وما في الجانبين هو من الشدقين، لا من الشفتين واللسان.

فيها: إن قطع من أصله؛ ففيه الدية كاملة، إن ذهب الكلام، وإن لم يذهب منه شيء؛ ففيه الاجتهاد بقدر شينه إن شانه، وحكم الكلام يأتي.

الشَّيخ في الموازيَّة والمجموعة، روى أصحاب مالك: في لسان الأخرس الاجتهاد فقط، والأسنان فيها في كل سن خمس من الإبل الأسنان، والأضراس سواء.

ابن رُشْد في الموطأ، عن سعيد: قضى عمر في الأضراس ببعير بعير، ومعاوية بخمسة أبعرة خمسة أبعرة، فالدية تنقص في قضاء عمر، وتزيد في قضاء معاوية، فلو كنت أنا لجعلت فيها بعيرين بعيرين، فتلك الدية سواء؛ لأن الأسنان اثنا عشر سنًا أربع ثنايا، وأربع رباعيات، وأربعة أنياب، لها ستون بعيرًا خمسة لكل سن، والأضراس عشرون أربع ضواحك، وهي التي تلي الأنياب، واثنا عشر رحى ثلاث في كل شدق، وأربع نواجد، وهي أقصاها فجميع دياتها على قول مالك مائة وستون بعيرًا.

زاد اللخمي: والنواجد سن الحلم التى تخرج أقصاها بعد الكبر.

وقال ابن شعبان: للرجل الألخى اثنان وثلاثون سنًا، وللكوسج ثمانية وعشرون سنًا؛ يريد: أنه لا نواجد له.

عبد الحق لابن يزين: من يولد إلى سبعة أشهر؛ إنما له ثمانية وعشرون سنًا، ومن يولد إلى ستة أشهر أو تسعة؛ فله اثنان وثلاثون سنًا.

الشَّيخ فى الموازيَّة لأشهب: إن طرحت السن من سنخها؛ ففيها ديتها كاملة، وكذا إن كسرت من أصل ما شرف منها، ولا يحط لما بقي من الكسر من موضع سنخها شيء كبقية الذكر بعد الحشفة.

وفيها: قيل إن ضربه فاسودت سنه أو احمرت أو اصفرت، قال: إن اسودت؛ تم عقلها والخضرة والحمرة والصفرة، إن كان ذلك كالسواد؛ تم عقلها، وإلا فعلى حساب

ما نقص.

وفي سماع ابن القاسم، قال ابن القاسم: إن اصفرت السن؛ ففيها بقدر شينها لا يكمل عقلها حتى تسود لا بتغيرها.

ابن رُشْد: هذا يبين مذهبه في المدَوَّنة، إذ لم يجد فيها جوابًا بينًا، ومثله قول أَصْبَغ له في إخضرارها أكثر مما في احمرارها، وفي احمرارها أكثر مما في اصفرارها.

وعزا اللخمي هذا لأشهب في الموازيَّة قال: وقال ابن القاسم: إن كان تغيرها مثل الاسوداد؛ فقد تم عقلها وإلا فعلى حساب ما نقص، والأول أحسن إلا في الخضرة.

قُلتُ: محمل كلامهما على الخلاف، وبه يتقرر قول ابن الحاجب إثر نقله قولها، والمشهور خلافه، وحمله ابن رُشْد على الوفاق كابن شاس.

وفيها: في السن السوداء خمس من الإبل كالصحيحة.

وفي الموطأ عن ابن المسيب: إن اسودت تم عقلها، فإن طرحت بعد أن اسودت ففيها عقلها أيضًا، وهو نقل الجلاب والتلقين وغيرهما عن المذهب، وسئل القرويون عمن أطعمته زوجته ما اسود به لونه فوقفوا.

وقال أحمد بن نصر: هي في المدَوَّنة، وأوجب عليها الدية، وقولها في السن، وقد يفرق بلزوم البياض بسن، وبعض من الآدميين أسود ابن شعبان في السن الزائدة الاجتهاد.

قُلتُ: فيه نظر؛ لأن أرش الحكومة والاجتهاد، إنما يتصور في النقص، وربما كان قلع الزائدة لا يوجب نقصًا، أو يوجب زيادة؛ فيكون كخصي العبد تعديًا، يزيد في قيمته، وقد يجري على الأصبع الزائدة.

وفيها: إن ضربت فتحركت، فإن كان اضطرابًا شديدًا؛ تم عقلها، وإن كان خفيفًا؛ عقل بقدر.

زاد في الموازيَّة: وينتظر بالشديدة الاضطراب سنة.

أشهب: إن اشتد بعد السنة فكقلعها، وفي طرحها بعد ذلك الاجتهاد بقدر ما ذهب من جمالها.

ابن الحاجب: في المضطربة جدًّا الاجتهاد.

ابن عبد السلام: يريد فيها حكومة، فإن أراده كان تكرارًا، لقوله قبل هذا، واشتداد اضطرابها كقلعها.

قُلتُ: هذا وهم؛ لأن الأول في نزول الاضطراب، وهذا في زوال ذات الاضطراب، ولفظ ابن الحاجب، هو قول أشهب هذا.

وقال اللخمي: إن ضربت فتحركت، وبقيت فيها قوة، فعلى الضارب بحساب ما ذهب من قوتها؛ فإن أسقطها آخر، فعليه بحساب ما بقي، فإن اسودت واضطربت شديدًا؛ فديتها فقط لا يكون أشد من قلعها، ولو اسود بعضها، واضطربت خفيفًا؛ فله مناب أكثرها كسواد نصفها، وذهاب قوة ثلث قوتها له نصف عقلها فقط، ولو انكسر نصفها، واسود نصف ما بقي أو ذهب نصف قوته باضطراب، ففيما انكسر نصف عقلها، وفي الآخر ربعها، ولو اسود ما بقي أو اشتد اضطرابه؛ تم عقلها.

اللخمي: إن ذهب نصفها، واصفر باقيها، فأذهب نصف جمالها، فثلاثة أرباع ديتها ولو احمرت فذهب نصف جمالها، فأخذ نصف ديتها، ثم ضربها آخر فتحركت، فأذهب نصف قوتها؛ ففيها ديتها صحيحة، كما لو أسقطها بعد أن اسودت لغرم ديتها كاملة، ولو نقص الكلام لذهاب الأسنان، عقل له الأكثر من دية الأسنان، ونقص الأسنان.

وفيها: مع سماع عيسى طرح سن الصغير يوجب وقف عقلها، إن نبتت رد ولا قود في العمد، وإن لم ينبت أو مات قبل نباتها، فالعقل في الخطأ والقود في العمد، وإن نبتت أصغر؛ ففي قدر نقصها قدره من ديتها.

الشَّيخ: زاد سَحنون في المجموعة إن مات الرجل، ولم تنبت السن سقط القود.

قال: ولا يوقف كل العقل؛ لأن السن يكون فيها النقص، ولا يمنع ذلك من القصاص؛ بل يوقف منه ما إذا نقصت السن إليه، لم يقتص له.

قيل: كم ذلك؟ قال: هو معروف كالعين يضعف بصرها، واليد يدخلها النقص اليسير.

الشَّيخ: لمحمد عن أشهب: إن قلعت سن صبي أثغر، ونبتت أسنانه فله تعجيل

العقل في الخطأ، والقود في العمد، ولو أخذ المثغر الأرش في الخطأ، ثم ردها فنبتت؛ فلا يرد شيئًا، وقاله ابن القاسم.

محمد: لأن السن عنده بخلاف غيرها؛ لأنه يرى فيها ديتها، وإن نبتت قبل أن يأخذها، والفرق بين الأذن والسن، أن الأذن تستمسك وتعود لهيئتها، ويجري فيها الدم والسن بخلاف ذلك.

وسمع ابن القاسم: كل جراح الخطأ التي يستأنى بصاحبها خوف أن يأتي فيها أكثر من الثلث، كالأصبع من اليد ما منها دون الثلث، وقف عقله إن برئ رد إليه، وإن زاد لأكثر من الثلث، رد إليه وحملته العاقلة، وما تحمله العاقلة لم يوقف عقله؛ لأنها مأمونة، والرجل قد يذهب ماله.

سَحنون: إن كان الجرح تحمله العاقلة فرض له، ولا يستأنى برؤه، فإن زاد زيد على العاقلة.

ابن رُشْد: هذا صحيح مثل قولها في سن الصبي، وقول سَحنون خلاف قولها أنه لا يفرض على العاقلة حتى يعرف ما تصير إليه المأمومة؛ لأنها ربما آلت للنفس فلم تجب الدية على العاقلة إلا بقسامة، أو لما سأله فيها عن معنى تأخير فرض دية المأمومة، وهي لازمة للعاقلة عاش أو مات.

قال: هذا الذي سمعنا؛ وإنما هو الاتباع، ومع ذلك فله وجوه صحاح، منها أن الجرح ربما آل للنفس فيجب فرض الدية على العاقلة في ثلاث سنين، فإن فرض على العاقلة دية الجرح ومنجمًا؛ فقد يحل قبل موته فيئول إلى قبض دية النفس من العاقلة قبل وجوبها: ولأن حكمها أن يفرض بعد الموت في القسامة في ثلاث سنين، فتجب لورثته، فلا يصح أن يفرض له دية الجرح، إذ لا يدري يعيش فيجب له أو يموت؛ فتجب لورثته، وهذه علة صحيحة.

وقد أجمع أهل العلم؛ أنه لا يقتص من الجرح إلا بعد البرء، فكذا لا يعقل إلا بعده، فقول سَحنون بعيد ولا نص فيها على أمد الوقف، ونقل الشَّيخ رواية المجموعة: إن أيس من نباتها؛ أخذ الصبي العقل، يقتضي أنه زمن معتاد له نباتها، والأظهر أنه

الأكثر من معتاده أو سنة.

الشَّيخ في الموازيَّة لأشهب: إن كان الصبي حين قلعت سنه أثغر، ونبتت أسنانه عجل له العقل في الخطأ، والقود في العمد.

قُلتُ: انظر هذا مع قاعدة المذهب في وجوب الاستيناء، ونقل ابن رُشْد الإجماع عليه فيجب حمله على أنه قلع دون جرح، وتقدم حكم رد السن بعد قلعها، ونحوه قبل ذكر الأحق بالدم.

الشَّيخ: في الموازيَّة لأشهب: في المضطربة نصاب من ديتها بقدر ما بقي من قوتها.

الشَّيخ: في المجموعة، روى ابن وَهْب: في سن الشَّيخ الكبير تتحرك العقل تامًا، ولو أصابها رجل فتحركت شديدًا، فله بحساب نقصها، ثم إن أصيبت؛ فله بحساب ما بقي.

قال ابن القاسم وأشهب: في السن المأكولة، قد ذهب بعضها دية ما بقي منها، لابن القاسم: أصيبت عمدًا أو خطأً.

أشهب: إلا أن تتآكل منها ما لا بال له؛ ففيها دية كاملة، كاليد تنقص أنملة.

ابن شاس: إن تآكلت كثيرًا؛ ففيها بحسابها، وإن كان يسيرًا؛ فعقلها تام.

ابن الحاجب: في المكسورة تتآكل أو غيره بحسابها.

قُلتُ: نقل ابن شاس على مقتضى قول أشهب، ونقل ابن الحاجب على مقتضى قول ابن القاسم، وتقدم حكم المضطربة.

وقول ابن شاس: لو قلع جميع الأسنان بضربة واحدة؛ ففي كل سن خمس من الإبل واضح، كقولنا إن شجه ثلاث مأمومات في ضربة واحدة؛ ففيها دية كاملة، وكذا المنقلات اليدين فيهما الدية، وفي إحداهما نصفها.

فيها: إن قطعت من أصل الأصابع ومن المنكب، فقد تم عقلها، وشلل الأصابع فيه ديتها كاملة، ثم في قطعها عمدًا أو خطأً حكومة.

الشَّيخ: روى ابن نافع في المجموعة: إن دخلها نقص؛ ففيه من ديتها بقدرما نقص منها ومن جمالها.

زاد اللخمي: واعتبار القوة من الأصابع لا من جملة اليد.

قال: فإن ضعفت وصغرت، فإن ذهب نصف قوتها؛ ففيه نصف ديتها، وله بعد ذلك بقدر ما ذهب من جمالها، وإن أبان بعضها وضعف الباقي؛ ففي كل منابه من ديتها إن أبان نصف الأصابع، وذهب نصف قوة الباقي؛ فعليه ثلاثة أرباع دياتها، وحال ما سوى ذلك لغو، فلو ذهبت الأصابع وما بقي بعدها على قوته لم يحط له من الدية شيء ولا يزاد عليها لعطلته.

وفيها: إن لم يكن في الكف إصبع: ففي قطعها أو بعضها حكومة، وفي الأصبعين بها بما يليها من الكف خمسًا دية اليد، ولا حكومة مع ذلك.

الشَّيخ: عن ابن القاسم في المجموعة: إن قطعت كف ذات إصبع واحدة؛ فله دية الأصبع، وأحب إلي في باقي الكف حكومة، ولم أسمعه.

وقال أشهب وسَحنون: لا شيء له في بقية الكف المغيرة، من قطعت كفه عمدًا وليس فيها إلا ثلاث أصابع، وأخذ في الأصبعين عقلًا وقودًا؛ فله عقل الأصابع دون حكومة.

وقال عبد الملك: له مع عقلها حكومة، إلا أن يكون أربع أصابع، فلا يزاد على ديتها.

وفيها مع غيرها: في كل إصبع منها عشر من الإبل.

الشَّيخ: في الموازيَّة عن ابن القاسم وأشهب: في الكف الناقصة أصبعًا دية أربع أصابع، وإن نقصت اليد أنملة، لم يأخذ لها عقلًا، كالذاهبة بمرض وشبهه؛ ففيها ديتها كاملة، وإن أخذ لها عقلًا؛ حوسب بها في الخطأ.

اللخمي: اختلف فيمن له ست أصابع، فلابن القاسم من له ست أصابع، في ذلك من العتبيَّة، إن كانت السادسة قوية؛ ففيها عشر، ولو قطعت عمدًا، إذ لا قصاص فيها، وفي كل يدها ستون، وإن كانت ضعيفة؛ ففيها حكومة إن انفردت، ومع اليد لا يزاد لها شيء.

ابن سَحنون عنه: إن قطعت يدها خطأ؛ ففيها نصف الدية فقط، وقيل: وحكومة

في الزائد، ولم يفرق بين قوية وضعيفة، وقول ابن القاسم أبين، وإن قطعت عمدًا؛ فله أن يقتص، ويأخذ دية السادسة إن كانت قوية.

قُلتُ: قول ابن القاسم، هو سماع يحيى ابن رُشْد، صفة الحكومة.

فيها: ينظر كم ينقص ذهابها من قيمته، لو كان عبدًا، فيؤخذ ذلك القدر من ديته، فإن لم ينقص من قيمته شيئًا، أو لعله يزيد فيه، فإن لم يكن ذلك، لم يكن فيه شيء، إلا الأدب في العمد، ولا يدخل في ذلك ما في العبد يخصى؛ فتزيد قيمته، لاختلافهما في المعنى، ومضى بيانه.

وقوله في السماع: إن كانت قوتها مثل سليم الأصابع، العمد فيها والخطأ سواء معناه: في ارتفاع القود فقط دون ما يفترق فيه الخطأ من العمد؛ لأن دية العمد مربعة، والخطأ مخمسة، وقد تقطع الزائدة مع غيرها؛ فلا يبلغ ثلث الدية، فيكون العقل في ذلك على العاقلة في الخطأ.

قُلتُ: قوله: لاختلافهما في المعنى مجرد دعوى، ومسألة الخصي مذكورة آخر الغصب، وتقدم نحوه في السن الزائدة.

وفيها مع غيرها: في كل أنملة ثلث العشرة، وأنامل غير الإبهام ثلاث.

وفي كونها ذات أنملتين فقط أو ثلاث، قولها مع الباجي عن رواية محمد.

ونقل اللخمي عن محمد: رجع مالك إلى أنها ذات ثلاث، ولم يحكه الباجي إلا عن سَحنون عن رواية ابن كنانة.

قال: وإليه رجع مالك وأصحابه عن قوله الأول، وثديا المرأة فيها مع غيرها فيهما الدية في كل واحد نصفها.

فيها: إن قطع حلمتاهما، فإن أبطل مخرج اللبن؛ ففيه الدية، ونقله الباجي، وقال عن ابن الماجِشُون: حد وجوب ديتهما ذهاب الحلمتين.

أشهب: إن أذهب ما هو سداد لصدرها؛ ففيهما الدية، وإلا فقدر شينهما.

اللخمي: إن أفسد مخرج اللبن، ولم يقطع منهما شيئًا، ولا ذهب من جمالهما شيء؛ وجبت ديتهما عند مالك، كذهاب النسل، ولو بقي الاستمتاع، وفي إذهاب اللبن

والجمال دية، والصغيرة كالكبيرة بخلاف سن الصغيرة؛ لأنها مرجوة، ولو فسد مخرج اللبن، ثم عاد ردت إليه.

قُلتُ: ظاهر أقوالهم: فساد مخرجه من العجوز كغيرها، والأظهر أنه كيد شلاء؛ فيه الحكومة فتأمله، وسن الصغيرة تقدم في فصل الاستيناء، وما قاله عياض فيها كسنها، وفيها ليس في ثدي الرجل إلا الاجتهاد والذكر.

فيها مع غيرها: فيه الدية باعتبار الحشفة والأنثيان كذلك؛ فيهما الدية وفي كل منهما نصفها.

فيها: اليسرى واليمنى سواء، وإن قطعتا مع الذكر فديتان، وإن قطعتا قبله أوبعده؛ ففيهما الدية، وكذلك الذكر قبلهما أو بعدهما.

الشَّيخ: قال ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: إن قطع الذكر أولًا أو آخرًا؛ ففيما قطع بعده حكومة، خلاف رواية ابن القاسم.

الباجي: قال عبد الملك، روى الأخوان: إن قطع الذكر أولًا؛ ففي الآخر حكومة.

ولأبي الفرج عن عبد الملك: أيهما قطع قبل صاحبه؛ ففي الثاني حكومة.

وقال الأبهري: اختلف قول مالك فيه فقال: مرة هذا إن كان في مرة واحدة أو مرتين.

اللخمي: قال ابن حبيب: في الذكر الدية، ولو تأخر قطعه، وفي الأنثيين إن تقدم قطعهما، وإن تأخر؛ فلا دية فيهما؛ يريد: وفيهما حكومة.

وروى القاضي: في قطعهما معًا دية واحدة.

قُلتُ: وقال ابن حارث: اتفقوا أن في قطعهما معا ديتين، فقطعهما معا في وجوب ديتين فيه، أو دية واحدة طريق ابن حارث، ورواية القاضي، وعلى التعاقب في وجوبها لكل منهما مطلقًا، أو في أولهما، وفي الثاني حكومة، ثالثها: في الذكر مطلقًا، وفي الأنثيين إن تقدمتا، وإن تأخرتا، فحكومة للمشهور.

لابن حارث عن ابن حبيب، عن ابن الماجِشُون، مع أبي الفرج عنه، وابن حارث عن ابن حبيب، مع الباجي عن رواية الأخوين، عن ابن حبيب، وخرّج اللخمي:

سقوط دية ذكر من لا يولد له باعترافه بذلك، أو عقمه من سقوطها في ذكر من قطعت أنثياه.

قال عن ابن حبيب: في ذكر من لا يأتي النساء الدية، وكذا الشَّيخ الكبير.

وفي مختصر الوقار: في ذكر العنين حكومة، وعلى أحد قولي مالك الدية كاملة، ويختلف في الحصور الذي لم يخلق له ما يصيب به النساء.

روى محمد: في ذكر من قطعت أنثياه الدية؛ قيل له: إنه لا يحمل له، قال: لكنه يبول، ومن الناس من لا يحمل له، ولا يصيب النساء؛ فعلى هذا في ذكر الحصور الدية.

وفيها: من قطعت حشفته، فأخذ الدية، ثم قطع عسيه؛ ففيه الاجتهاد، وقبله فيما إن قطع بعضها، فمنها يقاس لا من أصل الذكر.

وخرج اللخمي من القول: بقصر دية الأنف على قطعه من أصله، لا من مارنه قصر وجوب دية الذكر على قطع جميعه، قال: إن لم يكن في ذلك إجماع، والأليتان فيها فيهما من الرجل والمرأة حكومة.

الباجي: وقاله ابن وَهْب، وقال أشهب: فيهما من المرأة دية كاملة، وشفرا المرأة.

الباجي: قال ابن حبيب عن الأخوين: إن سلتا حتى بدا العظم؛ ففيهما الدية، هما أعظم من ذهاب ثدييها والرجلان.

الشَّيخ: في الموازيَّة والمجموعة، روى غير واحد عن مالك: فيهما الدية، وفي إحداهما نصفها.

وروى ابن وَهْب، وابن القاسم: كأن يقطع من الورك أو أصل الأصابع.

وذكر اللخمي: في شللهما مثل ذكر في اليد.

قال ابن شاس: ما عبر عنه ابن الحاجب بقوله، والعرج الخفيف مغتفر، إن لم يكن أخذ له أرشًا، وتقدم حكم العضو الضعيف، وما ذكره ابن رُشْد في ضعف البصر، مثله في ضعف الرجل بالعرج، ويتحصل فيه من قول الأشياخ، ونقلهم ثلاثة أقوال: جميع العقل، وبقدر ما بقي، وما نقله ابن شاس.

ابن شاس: قد يفوت بالجناية منافع عشر العقل المذهب فيه الدية.

ابن رُشْد: إن نقص بعضه؛ ففيه بحساب ذلك.

اللخمي: تجب بكونه مطبقًا لا يفيق، وإن ذهب وقتًا؛ فله في ديته بقدره، وإن ذهب يومًا وليلة من الشهر؛ فله عشر ثلثها، وإن ذهب ليله دون نهاره أو عكسه؛ فله نصف عشر ثلثها، وإن ذهب يومًا بعد يوم؛ فله نصفها، وإن كان يذهب من ذلك اليوم ليله دون نهاره أو عكسه؛ فله ربعها، وإن لازم ولم يذهب جملة، ومعه شيء من تمييز؛ فله بقدر ما ذهب يقوم عبدًا سليم العقل، فإن قوم بمائة فقيده لا تمييز عنده، فإن قوم بعشرين، كان مناب عقله ثمانين، ثم يقوم على هذه الصورة من العقل، فإن قوم بأربعين فعلى الجاني ثلاثة أرباع الدية.

قُلتُ: كذا هو في غير نسخة، أنه يقوم ثلاث قيم، فيكون على الجاني ثلاثة أرباع الدية، وابن عبد السلام، وابن هارون من عادتهما نقل كلام اللخمي في شرحيهما، وههنا لم يتعرضا لكلامه بحال، فلعله لصعوبة فهمه، وتقرير توجيه ما قاله، أنه لما كانت قيمة عقله ثمانين، وجب أن يسقط منها عن الجاني ما بقي من عقله، ولما كانت قيمته تنقص عقله، وهو من حيث اتصافه بالتمييز المفروض أربعين.

وهذه الأربعون ليست قيمة التمييز فقط؛ بل قيمته مع ذاته دية عرية عنه، وليست من العقل، فوجب إسقاطها مما هو قيمة لها مع التمييز، ليبقى مناب التمييز فقط، وقيمته كذلك عشرون فوجب إسقاطها من قيمته مع تمييزه التي هي أربعون الباقي عشرون، وهي قيمة التمييز الباقي من جملة عقله، فيسقط من قيمة ثمانون الباقي ستون هي من الثمانين ثلاثة أرباعها، فيلزمه ثلاثة أرباع الدية.

والجاري على أصل المذهب تقويمه سليمًا، ثم يقوم بحالته فيقدر ما بينهما، يكون على الجاني من ديته، فإذا كانت قيمته سليمًا مائة، وقيمته على ما هو عليه أربعون، كان على الجاني ثلاثة أخماس ديته، فتأمله، وتقدم في مآل أثر الضرب لأكثر من أرشه.

لأشهب في المجموعة: إن شجه مأمومة تنامت لذهاب عقله وسمعه وبصره، أن له دية كل ذلك.

وكلام ابن رُشْد في ذهاب العقل بالمأمومة، وقول المغيرة فيه كسمع، وفيه الدية.

الباجي: لم يختلف عنه أن فيه الدية.

أبو عمر: لو ذهب السمع وأذن بضربة واحدة، فقال ابن القاسم في ذلك دية واحدة، وقال ابن الجلاب، وعندي أن فيها حكومة، ودية أو ديتين على اختلاف الروايتين، وفيها في ذهاب سمع إحدى الأذنين نصفها.

ابن القاسم: ليس الدية عند مالك في شيء واحد مما هو زوج في الإنسان، كاليدين إلا في عين الأعور، لما جاء فيه من السنة محمد وأشهب؛ ولأن الناظر بالعين الواحدة يبصر بها ما يبصر بهما معًا.

قال أشهب: إن كان يسمع بالأذن، مثل ما يسمع بالأذنين، فهو كالبصر وإلا فكاليد والرجل، وفيها مع غيرها في نقص بعضه بحسابه، ويعرف باختباره بالأمكنة كالبصر حتى يعرف صدقه.

الشَّيخ: عن أشهب في المجموعة: يتباعد عنه، فإن تساوت أو تقاربت ينسب للصحيحة، وأعطي بقدر ما انتقصت المصابة من الصحيحة بعد يمينه، ولم يذكر ابن وَهْب عنه اليمين.

قال أشهب: ويحسب له ذلك على سمع رجل وسط مثله.

الصقلي: عن أشهب: فإن اختلف قوله بأمر بين لم يكن له شيء.

قال أَصْبَغ: هذا قول مالك وأصحابه.

قال عيسى: يعقل له الأقل مع يمينه، قال في الموازيَّة وغيرها: فإن لم يقدر على اختباره على حقيقة، وأشكل أمره صدق المضروب مع يمينه، وقاله مالك، وقال: الظالم أحق أن يحمل عليه.

قُلتُ: تعذر اختباره بأن لا يكون له سمع صحيح أو سليم، وفي كون قول أشهب: ويحلف وفاقًا للمدَوَّنة أو خلافًا لها احتمال؛ لأنه راجع إلى مدلول العرف، وفي استقلال العرف عن اليمين خلاف، تقدم في إرخاء الستور وغيره.

قال ابن الحاجب: ويعرف بأن يصاح من مواضع عدة مختلفة مع سد الصحيحة، فإن لم يختلف قوله؛ حلف ونسب إلى سمعه الآخر، وإلا فسمع وسط، فإن اختلف، فلا

شيء له، وقيل: له الأقل مع يمينه.

قال ابن عبد السلام: قوله وإلا فسمع وسط معناه: إن كان المجني عليه لا يسمع بإحدى أذنيه، ونقصت الجناية سمع الأخرى، أو كان يسمع بهما فنقصت الجناية سمعهما معًا، فإنه ينسب سمعه الناقص إلى سمع وسط.

وقاله ابن هارون: ولم أجده لمتقدمي أهل المذهب إلا ما تقدم من نقل.

الشَّيخ: عن أشهب: ومثله نقله ابن شاس غير مرتب على تعذر اختباره، فتأمله، وكلام ابن هارون أبين، ولم أجده إلا في وجيز الغزالي، قال فيه ما نصه: وإذا شك في السمع جرب بصوت منكر بغتة، فإن نقص السمع جرب بالنسبة إلى من هو في مثل سنه بقرب المسافة وبعدها، وفي بصر العينين الدية.

وفيها: إن نقص بصر العين أغلقت الصحيحة، ثم جعل له بيضة أو شيء في مكان يختبر به منتهى بصر السقيمة، فإن رآها حولت له إلى موضع آخر، فإن تساوت الأماكن أو تقاربت؛ قيست الصحيحة، ثم أعطي بقدر ما انتقصت المصابة من الصحيحة.

وفيها: لابن القاسم إن ادعى المضروب أن جميع سمعه أو بصره، قد ذهب اختبر إن قدر على ذلك بما وصفنا.

الصقلي: في الموازيَّة يختبر بالإشارة في البصر والصوت في السمع، كما وصفنا ويغتفل مرة بعد مرة.

قال في الكتابين: فإن لم يقدر على اختباره على حقيقة، وأشكل أمره صدق المضروب مع يمينه، وقاله مالك، وقال الظالم أحق أن يحمل عليه.

قلتُ: يريد بالظالم ما يصدق على العامد والمفرط، تقدم قولها في الجراحات، وفي الأنف الدية كاملة، وأما الشم، فقال ابن زرقون: واختلف فيه.

قال أبو الفرج: فيه الدية كاملة، وروى أبو الفرج فيه حكومة، ولما عدد اللخمي ما تجب فيه الدية.

قال: وفي العقل والأنف والشم.

ثم قال: إن ذهب الأنف والشم معًا، فقال ابن القاسم فيهما معا دية واحدة.

وقال ابن الجلاب: القياس ديتان، والأول أحسن قياسًا على اللسان والذكر، وحاصل الروايات في ذهاب منفعة الشم، قبل ذهاب الأنف والسمع، قبل ذهاب أشراف الأذنين والبصر، قبل ذهاب العين أن في الأنف الدية؛ لوضوح الجمال به.

وفي ذهاب أشراف الأذنين، قولان الدية والحكومة، وفي العينين حكومة، وكذا لسان الأخرس بعد الكلام.

وفيها: إذا قطع اللسان من أصله، ففيه الدية كاملة، وكذا إن قطع منه ما منعه الكلام، وإن لم يمنع من الكلام شيئًا؛ ففيه الاجتهاد بقدر شينه إن شانه، وإنما الدية في الكلام لا في اللسان، كالأذنين إنما الدية في السمع لا فيهما، وإن قطع من لسانه ما ينقص من حروفه؛ فعليه بقدر ذلك، ولا يحسب في نقص الكلام على عدد الحروف رب حرف أثقل من حرف في النطق، ولكن بالاجتهاد في قدر ما نقص من كلامه.

وسمع القرينان من قطع من لسان رجل ما منعه الكلام شهرين، ثم تكلم فنقص من كلامه أحب إليَّ أن لا يقاد منه، إذ لا يعرف له قدر في القصاص أخاف أن تسرع الحديدة، فيذهب كلامه، فأحب إليَّ أن لا يقاد منه، إذ لا يعرف له قدر في القصاص وأن يعقل.

ابن رُشْد: يريد أو يذهب منه أكثر مما ذهب من المجني عليه أو أقل، وهو بيان لماله في المدَوَّنة، يقاد منه إن كان يستطاع قود ذلك، ولا يخاف منه.

وقال أشهب: إنه مخوف لا يقاد منه.

قُلتُ: قوله في المدَوَّنة؛ إنما هو في القود من كل اللسان، لا من بعضه، والسماع إنما هو في بعضه، ودليل تعليله ثبوت القود في كله؛ لبعد كون السماع مفسرًا لها فتأمله.

قال: وقوله يعقل؛ يريد بقدر ما ذهب من كلامه بعد أن يجرب صدقه فيما يدعي ذهابه، ويحلف على ذلك، قاله بعد هذا، ولا ينظر في ذلك عدد الحروف، وقيل يكون بقدر ما لم ينطق عليه من عدد الحروف، وهو بعيد لاختلافها.

وفي سماع يحيى ابن القاسم: إن شكوا هل ذهب من كلامه أو عقله الثلث أو الربع أعطي الثلث، والظالم أحق أن يحمل عليه.

الصقلي عن ابن حبيب: وقال أَصْبَغ عدد حروف المعجم ثمانية وعشرون حرفًا، فما نقص من هذه الحروف فبحسابه، وقاله لي جماعة من أهل العلم، وحكاه اللخمي أيضًا عن أَصْبَغ، ورد بعضهم قول أَصْبَغ: بأن بعض الحروف الثمانية والعشرين لا حظ فيها للسان كحروف الشفة، وبأن الحروف أكثر من ثمانية وعشرين، وأجيب عن الأول بأن موجب الدية؛ إنما هو ذهاب الكلام، لا ذهاب اللسان، وبأن الزائد على الثمانية والعشرين في زعم مثبته رده غيره إليها، حسبما هو مذكور في فنه.

وفي الصوت الدية؛ لنقل اللخمي: إن ذهب بعض كلامه، وذهب صوته أخذ الدية كاملة، ونحوه قول الجلاب: إن قطع من لسانه ما منع الكلام أو لج أو عن ففيه الدية.

اللخمي: إن ذهب نصف كلامه، ونصف صوته أخذ ثلاثة أرباع الدية؛ لأنه يستحق نصف الدية عن ذهاب نصف الكلام، ويسقط ما قابله من الصوت، وهو النصف؛ لأنه لو ذهب جميع الكلام، وجميع الصوت لم يزد الصوت شيئًا، وبقي نصف الكلام ذهب منه نصف الصوت، فيأخذ لما ذهب من صوته ربع الدية.

فإن قلت: في كلامه نظر؛ لأنه كما اندرج نصف الصوت في نصف الكلام الذاهب، كذلك يندرج النصف الباقي من الصوت في نصف الكلام الباقي.

قُلتُ: النصف الذاهب من الكلام لا يوجب نقصًا في النصف الباقي منه، والنصف الذاهب من الصوت، يوجب في النصف الباقي منه ذهاب نصفه، وهو الربع.

والذوق: قال اللخمي فيه الدية قياسًا على الشم.، ونقله ابن زرقون عن ابن رُشْد.

قُلتُ: هو قوله فينبغي على أصولهم، أن تكون فيه الدية، ولا أعلم فيه لأصحابنا نصًّا.

ابن زرقون: ونحا أبو الفرج إلى أن فيه حكومة.

قُلتُ: وأخذه بعضهم من قولها في لسان الأخرس حكومة.

ابن شاس: ويجرب بالأشياء المرة المنفرة.

قُلتُ: هو نص الغزالي في الوجيز، وإذهاب الجماع فيه الدية، قاله ابن زرقون عن المذهب، وابن رُشْد واللخمي معبرًا عنه بإفساد الإنعاظ، ولما امتنع فيه الاختبار، وجبت اليمين، كقولها في مدعي ذهاب بصره، وتعذر اختباره، وإذهاب النسل.

قال اللخمي: فيه الدية، ودليل عد ابن رُشْد، وابن زرقون ما فيه الدية، وعدم ذكرهما إياه، أنه لا دية فيه.

وقال ابن شاس: إن رجعت إليه هذه القوة، رد الدية قرب رجوعها، أو بعد صواب كقولهم في رجوع البصر.

والإفضاء: إزالة الحاجز بين مخرج البول، ومحل الجماع فيها مع غيرها، فيه ما شانها بالاجتهاد.

الباجي: إن فعل ذلك بأجنبية؛ فعليه حكومة في ماله، وإن جاوزت الثلث مع صداق المثل والحد، ولو فعله بزوجته، فروى محمد عن ابن القاسم إن بلغ الثلث؛ فعلى العاقلة، وإلا ففي ماله، قاله ابن هارون، والقول بلزوم الدية في الأجنبي.

حكاه ابن شاس: وهو بعيد إذ ليس مساويًا لما سن الشرع فيه الدية، ولم يتعقبه ابن عبد السلام؛ بل قال أكثر نصوصهم وجوب الحكومة، ووجوب الدية قوي؛ لأن مصيبتها به أقوى من إزالة الشفرين، ومصيبته كمصيبة ذهاب الجماع من الرجل.

قُلتُ: ووجدت للخمي في كتاب الرجم، حيث ذكرت في المدَوَّنة ما نصه، وقال ابن القاسم أيضًا، إذا بلغ بها حيث لا ينتفع بها؛ فعليه الدية كاملة.

وفيها: إن زنى بامرأة فأفاضها؛ فلا شيء عليه، إن أمكنته من نفسها، وإن اغتصبها؛ فلها الصداق مع ما شانها.

قُلتُ: ظاهره اندارج البكارة في المهر، بخلاف الشين؛ لأن زوال البكارة من لوازم الوطء، بخلاف الإفضاء.

اللخمي: ما كان بطوعها، ينبغي أن تكون فيه كالزوجة تموت من جماعه، حيث تسقط الدية في الزوجة، يسقط ما شانها، وحيث تثبت يثبت.

وقال أشهب في مدونته: إذا زنى بها فأفاضها؛ ففيه حكومة، وهو أحسن، ولا فرق

بين التزويج وغيره؛ لأن كل ذلك بطوعها.

وفيها: من بنى بزوجته فأفاضها، وماتت من جماعة؛ فديتها على عاقلته، وإن لم تمت؛ فعليه ما شانها، فإن بلغ ثلث الدية، فعلى العاقلة.

اللخمي في المجموعة: من بنى ببكر صغيرة، فعنف في وطئها، فأقامت يسيرًا، ثم ماتت إن علم أنها ماتت من ذلك؛ فعليه ديتها.

وقال عبد الملك: إن قويت على الوطء؛ فلا شيء عليه كالحجام والبيطار.

ولابن سَحنون عن ابن وَهْب: إن كان مثلها لا يوطأ؛ قتل بها.

وقال ابن القاسم: عليه الدية في ،ماله فإن أفسدها أخرق الحاجز فعليه الدية، ورواه ابن القاسم.

قال سَحنون: وروى ابن القاسم: إن ماتت من جماعه، ومثلها يوطأ فديتها على العاقلة، وإن بلغ ما شانها الثلث، فقال بعض أصحابنا: على العاقلة، وقيل: في ماله، قال ابن سَحنون: وبه أقول.

اللخمي: إن كانت كبيرة، وكان ذلك لضعف تركيبها، فلا شيء على الزوج، وإن كان من قبله، ولم تعلم حاله، فذلك عليه، وإن كان ذلك مما يخاف عليها، فتختلف هل تكون الدية عليه أو على العاقلة؟ وإلا كان خطأ تحمله العاقلة، إن علم أنها ماتت منه دون قسامة، إن ماتت بفور ذلك، وإن علما معًا، توقع ذلك أو جهلاه؛ سقط عنه نصف الدية، وإن كانت صغيرة؛ كانت عليه الدية؛ لأن رضاها لغو.

وسمع ابن القاسم في كتاب الجنايات: من دفع امرأة فسقطت عذرتها؛ فعليه ما شانها، وكذلك صنع ذلك بأصبعه فعل ذلك بها غلام أو رجل أو امرأة.

ابن رُشْد: يريد مع الأدب ولا خلاف في ذلك والأدب في الأصبع أكثر منه في الدفعة، ومعنى ما شانها ما نقصها من صداقها عند الأزواج، واختلف إن فعله الزوج بامرأته بأصبعه.

فقيل: صداقها، وقيل: ما شانها عند غيره، إن طلقها على ما مضى من اختلاف قول ابن القاسم في ذلك بين روايتي سَحنون وأَصْبَغ في النكاح، وأما في دفعه إياها،

فليس عليه إلا ما شانها إن فارقها.

الشَّيخ: عن أَصْبَغ: إن أمسك صبيان جارية لصبي حتى افتضها؛ فعليه وعليهم قدر ما شأنها.

وفيها: لمالك في الصلب الدية ابن القاسم، إن أقعده عن القيام، فإن مشى وبرئ على عثل أو حدب؛ ففيه الاجتهاد، ولم يحك ابن رُشْد في المقدمات غير قول ابن القاسم.

اللخمي: اختلف فيما به الدية فيه على ثلاثة أقوال، فذكر قول ابن القاسم المتقدم قال: ولمالك في المجموعة نحوه.

وروى ابن وَهْب: إن برئ على انحناء؛ ففيه بقدره، وقال أشهب: فيه الدية إن أقعده عن القيام، وما نقص عن قيامه فبحسابه، وقيل: فيه الدية إن انطوى؛ يريد: صار كراكع فما لم يبلغ ذلك فبحسابه.

وقال عبد الملك: فيه الدية إن انكسر، ولم يقدر على الجلوس، فإن نقص عن الجلوس، فبقدر ذلك.

اللخمي: ويصح كون الدية فيه للفصلين معًا إن أبطل جلوسه، وإن قدر على المشي على انحناء، وإن لم يضر كالراكع فبحسابه يقاس ما بين قيامه راكعًا، وقيامه معتدلًا، فإن تساوى ما بينهما فله نصف الدية، وإن كان أقل أو أكثر فبقدر ذلك.

وقال ابن الماجِشُون: في الصلب ثلاثة وثلاثون فقارة، في كل واحدة من الفقار ثلاث من الإبل؛ يريد: إذا أفسد شيئًا من الفقارات فراعى الصلب خاصة، ولم يراع ما فسد من المشي.

وقول ابن شاس: لو ضرب صلبه؛ فبطل قيامه، وقوة ذكره حتى ذهب منه أمر النساء لم يندرج، ووجبت ديتان، كقولها في الديات: من شج رجلاً موضحة خطأً، فزال من ذلك سمعه وعقله، فعلى عاقلته ديتان، ودية الموضحة.

اللخمي: وتجب الدية إذا أجذمه أو أبرصه أو سقاه ما سود جسمه.

وقال ابن الماجِشُون: يجب في الصدر إذا هدمه.

وقال ابن عبدوس: فيه حكومة.

والشوى: وهي جلدة الرأس فيها الدية، قاله في المقدمات غير معزو ،كأنه المذهب، وذكره ابن زرقون عن ابن الفرج عن ابن الماجِشُون.

وفي المقدمات: الديات فيما يجني به على الرجل ثمان عشرة دية إحدى عشرة في رأسه العقل والسمع والبصر، وأشراف الأذنين عند أشهب، والشم على خلاف والأنف والذوق والكلام والشفتان والشوى والأضراس والأسنان يجتمع فيها على قول مالك أكثر من دية، والتي في الجسد اليدان والرجلان والصلب والذكر والأنثيان وإذهاب الجماع.

وفي المرأة ثمان عشرة أيضًا، فيها ثلاث ليست في الرجل: الشفران والحلمتان والأليتان عند أشهب، كما أن في الرجل ثلاث ديات ليست في المرأة إذهاب الجماع والذكر والأنثيان.

ومثله لابن زرقون قائلًا: والصدر إذا هدم، ولم يرجع لما كان عليه.

وقول ابن الحاجب، وغير ذلك مما فيه جمال؛ فحكومة كأشفار العينين والحاجبين واللحية والرأس، إذا لم ينبت هو قولها مع غيرها، وذو الرق جراحه معتبرة بقيمته بعد البرء، كإفساد سلعة في غصبها، ودياتها من تعدى على عبد غيره ففقأ عينه، وقطع له جارحة أو جارحتين؛ فما كان من ذلك فسادًا فاحشًا لم يبق فيه منفعة، فإنه يضمن قيمته ويعتق عليه.

وكذا الأمة زاد في دياتها، فإن لم يبطله مثل أن يفقأ عينًا واحدة، أو يجذع أنفه؛ فعليه ما نقصه، ولا يعتق عليه، وقد سمعت أنه يسلم لمن فعل ذلك به ويعتق عليه، وذلك رأي إذا أبطله على صاحبه، وفي أول دياتها، وعلى قاتل عبيد أهل الذمة قيمتهم ما بلغت كعبيد المسلمين، وإن كانت القيمة أضعاف الدية إلا في أن مأمومة العبد وجائفته في كل واحدة ثلث قيمته، وفي منقلته عشر قيمته، ونصف عشر قيمته، وفي موضحته نصف عشر قيمته، وفيما سوى ذلك من جراحه بعد ما نقصه بعد برءه، وفي جراحها.

والمرأة تعاقل الرجل في الجراح إلى ثلث ديته، ولا تستكمله، فإذا بلغت ذلك

رجعت إلى عقل نفسها؛ وتفسير ذلك أن لها في ثلاثة أصابع ونصف أنملة أحدًا وثلاثين بعيرًا ثلثي بعير، وهي والرجل في هذا سواء، وإن أصيب منها ثلاث أصابع وأنملة؛ رجعت إلى عقلها، فكان لها ستة عشر بعيرًا وثلثا بعير، ونحوه في الموطأ.

أبو عمر: قال ربيعة: قلت لابن المسيب: كم في أصبع من أصابع المرأة؟ قال: عشر من الإبل. قلت: كم في أصبعين؟ قال: عشرون.

قُلتُ: كم في ثلاث؟ قال: ثلاثون، قلت: كم في أربع؟ قال: عشرون، قلت: حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها، قال: أعراقي أنت؟!!! قلت: بل عالم متثبت أو جاهل متعلم قال: هي السنة.

أبو عمر: هذا مذهب مالك وجمهور أهل المدينة، والليث وعمر بن عبد العزيز وعطاء وغيرهم، وروي عنه ﷺ من مرسل عمرو بن شعيب، وقول ابن المسيب: هي السنة؛ يدل على أنه أرسله عن النبي ﷺ.

وفيها: وجوب ضم قطع أصابعها بعضها لبعض باتحاد يدها، أو فور ضربها وإلا فلا وحيث يجب فيما بلغ به عقلها ثلث عقل الرجل؛ رجعت لعقلها وما لا يبلغه فلها فيه عقله، وما يضم اعتبر كأنه أول.

ابن زرقون: في ضمها بذلك وقصره على فور واحد مع وجوب ضم ما بعده إليه مطلقًا ثالثها، ولا يجب ضمه إليه لها.

ولعبد العزيز بن أبي سلمة مع رواية المغيرة، وابنه عبد الملك مع الصقلي عن ابن وَهْب، وعزاه اللخمي لابن نافع بدل ابن وَهْب ورجحه.

قال ابن الحاجب: وحيث اتحد الفعل، أو كان في حكمه لم يعتبر اتحاد المحل كضربة واحدة تبين أصابع من يدين يده حكمها حكم اليد، فلو قطع لها بعده أصبع لم يضم؛ بل تأخذ له عشرًا إن كان ثانيًا أو ثالثًا، أو خمسًا إن كان رابعًا أو خامسًا، كما لو كان في كل يد على حيالها، فقبله ابن هارون.

وقال ابن عبد السلام، بعد أن قرر مدلول مذهب المدَوَّنة: ولكن هذا المعنى لا ينطبق عليه قول المؤلف، فلو قطع لها بعده أصبع لم يضم، فإن عدم الضم مناف

لوجوب خمس في الأصبع الرابعة أو الخامسة، ويرد بأن مراده بقوله: لم يضم أي: إلى ما بان من أصابع اليدين معًا، وقوله أو خمسًا إن كان رابعًا أو خامسًا ليس مسببًا عن عدم الضم؛ بل عن اتحاد المحل، ولذا بينه بقوله: كما لو كان في كل يد على حيالها.

وقول ابن الحاجب: وقيل لا يضم شيء إلى ما قبله فيهما، قيل: ضمير فيهما عائد على صنفي الأيدي والأرجل، وقيل: إلى اتحاد الفعل وحكمه، ولا يشترط في ضم الأصابع باتحاد الضربة كون ضمها لمثلها؛ بل لو كان لغير مثلها، فكذلك لنقل الشَّيخ عن الموازيَّة لو ضربت ويدها على رأسها فقطع لها أصبعان، وشجت منقلة؛ رجعت في ذلك لعقل نفسها.

قُلتُ: وكذلك رجلاها على ما فسرنا في اليدين.

محمد: وتضم الأسنان باتحاد الضربة، وفي ضمها باتحاد محلها قولا ابن القاسم.

أَصْبَغ: عدم الضم أحب إليَّ واختاره محمد.

الشَّيخ: لابن القاسم في المجموعة: لا تضم المواضح والمناقل إلا بكونها في فور واحد، ولو كانت المنقلة الثانية في موضع الأولى بعد برئها.

قُلتُ: هو قولها أيضًا.

الشَّيخ: عن أشهب: الفور الواحد يضمها كالسارق ينقل من الحرز قليلًا قليلًا في فور واحد لضعفه أو ليلًا يقطع هي سرقة واحدة.

وفيها: لا يضم بعض الخطأ إلى عمد اقتصت أو عفت.

ولابن رُشْد في سماع سَحنون من الديات: هذا قول ابن القاسم، وروايته لم يختلف في ذلك قوله.

وعن أشهب: يحسب عليها من أصابعها ما أصيبت به عمدًا، وقاله سَحنون، وأبو إسحاق البرقي.

اللخمي: إن صالحت عن كل إصبع بأقل من خمس؛ لم تضم وإن صالحت عن كل أصبع بخمس إلى عشر، عاد الخلاف المتقدم من قول مالك، وابن نافع وعبد الملك: ودية الخطأ الثابتة لا باعتراف تحملها العاقلة.

الشَّيخ: ومن كتاب آخر: حمل العاقلة الدية أمر قديم، كان في الجاهلية فأقره النبي ﷺ، وشرط الحمل بلوغ المحمول ثلث الدية.

وفيها: إن جنى مسلم على مجوسية خطأ ما يبلغ ثلث ديتها، أو ثلث ديته؛ حملته عاقلته، وكذا إن جنى على مسلمة ما يبلغ ثلث ديتها؛ حملته عاقلته، مثل أن يقطع لها أصبعين فتحمل عاقلته؛ لأنه أكثر من ديتها، ولو جنت امرأة على رجل ما يبلغ ثلث ديتها؛ حملته عاقلتها، وأصل هذا أن الجناية إن بلغت ثلث دية الجاني أو ثلث دية المجني عليه؛ حملته العاقلة.

الباجي: وهل يعتبر ثلث دية الجاني أو دية المجني عليه، فذكر عن رواية أشهب مثل قولها.

قال أشهب: قال ابن كنانة لمالك: الذي كان يعرف من قولك أن الاعتبار بدية المجروح، فأنكر ذلك، وبه قال ابن القاسم، ورواه يحيى عن ابن القاسم.

ابن زرقون: زاد أبو محمد في نوادره، قيل له: فالمرأة يقطع كفها، وفي ذلك أقل من ثلث دية الرجل، فقال: إنما ذلك بعد أن بلغت دية الرجل، ثم رجعت، فذلك على العاقلة.

ولمحمد عن ابن القاسم: لا تحمل العاقلة إلا ثلث دية رجل، يكون الجاني من كان، والمجني عليه من كان، ولفظ العتبيَّة في جواب مالك لابن كنانة: لقد كذب من قال هذا، ولقد حمل قولي على غير وجهه.

ابن رُشْد: هذا الذي أنكره، هو رواية ابن القاسم.

فيها: ورجح قصر الاعتبار على ثلث أحدهما بالمجني عليه، ومثله للخمي.

قُلتُ: ففي قصر الاعتبار على ثلث دية أحدهما، أو ثلث دية المجني عليه ثالثها المعتبر ثلث دية الرجل، كان الجاني والمجني عليه من كان.

وفي التهذيب: إن جنى مسلم على مجوسية خطأ ما يبلغ ثلث ديتها، أو ثلث ديته؛ حملته عاقلته، وتعقب بامتناع تصور بلوغ الجناية عليها ثلث ديته بعدم فائدته، لاستلزامه ثلث ديتها.

وأجيب عن الأول بكونه بتعدد الجنايات عليها، وقد تقدم أن الدية في المرأة في ثمان عشرة، واستبعد ابن حارث: لو قتل مسلم نصرانيًّا أو مجوسيًا خطأ، فذكر معروف المذهب في حمل عاقلة المسلم ديته.

قال: وسمع يحيى ابن القاسم: لا تحملها، وهم كالعبيد قلّ ذلك أو كثر.

وقال ابن رُشْد: هذا القول في هذا السماع؛ إنما هو لابن نافع، لا لابن القاسم؛ لأنه في الأصل، وسألت ابن نافع، وهو خلاف قول ابن القاسم.

وروايته في المدَوَّنة وغيرها: إلا أن يحمل على أهل الذمة من أهل العنوة، دون أهل الصلح؛ فيتخرج على أحد قولي ابن القاسم، أنهم كالعبيد المأذون لهم، ونقل اللخمي كابن حارث.

وفيها: مع غيرها والعمد ذو القصاص، وما دون الثلث في مال الجاني.

وفيها: وعقل المأمومة والجائفة عمدًا على العاقلة، ولو كان للجاني مال، وعليه ثبت مالك، وبه أقول، وكان يقول إنها في ماله إلا أن يكون عديمًا؛ فتكون على العاقلة.

ابن زرقون: والرواية الثانية: أنها في ماله.

قُلتُ: وعزاه ابن هارون لظاهر دياتها.

وفيها: على الجاني الأدب، وكذا كل ما لا يستطاع القود منه، إذا بلغت الحكومة فيه ثلث الدية، ومن قطع يمين رجل عمدًا، ولا يمين له؛ فديتها في ماله، لا على العاقلة، وتقدم قولها: من شج رجلًا موضحة خطأ، فذهب من ذلك سمعه وعقله؛ فعلى عاقلته ديتان، ودية الموضحة؛ لأنها ضربة واحدة.

وتقدم قول ابن رُشد: محل العقل عند مالك القلب، وهو قول المتكلمين من أهل السنة.

وقال ابن الماجِشُون: محله الدماغ، فعلى الأول من أصيب بمأمومة، فذهب منها عقله؛ فله دية المأمومة، ودية العقل العدم الإندراج باختلاف المحل، وعلى الثاني؛ إنما له دية العقل للاندراج باتحاد المحل، وتقدم أن المغلظة في مال الجاني على المشهور.

الشَّيخ: في الموازيَّة روى ابن وَهْب: أن ابن عباس وغيره من الصحابة والتابعين

قالوا: العاقلة لا تحمل عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا، وبه قال مالك، إلا أنه في الاعتراف ربما جعله كشاهد على العاقلة يوجب القسامة.

الشَّيخ: روى ابن عبدوس: لا تحمل العاقلة ما جنى المرء على نفسه، من عمد أو خطأ؛ لقول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾ [النساء: 92]، ولم يذكر قتله نفسه، وفي صلحها اختلف.

عن مالك في الإقرار بالقتل خطأ، فقيل: على المقر في ماله، وقيل: على العاقلة بقسامة.

في رواية ابن القاسم وأشهب: وفي دياتها، ومن أقر بقتيل خطأ؛ فإن اتهم أنه أراد غنى ولد المقتول كالأخ، والصديق لم يصدق، وإن كان من الأباعد صدق، إن كان ثقة مأمونًا، ولم يخف أن يرشى على ذلك.

ابن رُشْد: في رسم العتق من سماع عيسى من قال: قتلت فلانًا خطأ في كونه لوثًا؛ يوجب القسامة، والدية على العاقلة إن لم يتهم على إرادته غنى ولد المقتول، وكون الدية في ماله بغير قسامة، ثالثها: بقسامة.

قال: هذا إن كانت للمقتول حياة، وإن لم تكن له حياة؛ فلا قسامة اتفاقًا، هذا الذي يجب أن يحمل عليه قولها في الصلح.

عياض: على روايات الأشياخ: لفظ مالك هنا تتحمل ثلاث روايات:

أولاها: الدية في ماله وحده دون قسامة، وقاله المغيرة، وابن الماجِشُون.

الثانية: على العاقلة بقسامة مات بغتًا أو بعد حياة، قاله ابن القاسم وأشهب وروياه، وظاهر ما هنا أنه لا شيء على الجاني منها، وتأوله بعض أصحابنا عن مالك في المسألة، وأن قول مالك في غير المدَوَّنة، هو كواحد منهم على الاستحسان، وما هنا وفي الديات فبينه.

والثالثة: ظاهر قول مالك هنا لا شيء عليه منها إلا بقسامة، فتأول بعض شُيُوخنا على أن عليه جميعها، وقاله ابن لبابة، وقيل: معناه أنه كواحد من العاقلة، إن أقسموا لزمه ما لزمهم، وهو رواية ابن الموَّاز وابن عبدوس، وهو تأويل أكثر الشُيُوخ، فيكون

قولًا رابعًا.

والخامس: لا يلزمه إلا ما كان يلزمه مع العاقلة، ولا شيء عليها، ولا قسامة، قاله ابن دينار، وحكاه سَحنون عن آخرين من أصحابه لم يسمهم، وذكره الجلاب عن رواية ابن وَهْب.

وسادسها: لغو إقراره رواه عبد الوهاب، وحكاه ابن ميسر عن ابن وَهْب، وابن القاسم.

ونقل قول ابن رُشْد: إن الخلاف في القسامة؛ إنما هو إن كانت له حياة بينة.

الشَّيخ: عن الموازيَّة: العاقلة عشيرة الرجل وقومه، وفي الموطأ تعاقل الناس في زمن النبي ﷺ، وفي زمن أبي بكر، قبل أن يكون ديوان؛ وإنما كان الديوان في زمن عمر، فليس لأحد أن يعقل عنه غير قومه ومواليه.

أبو عمر: كانوا يتعاقلون بالبصرة، فجرى الأمر على ذلك، حتى جعل عمر الديوان، واتفق القول بذلك.

الشَّيخ: عن الموازيَّة: الكورة العظيمة عندي حضارة وحدها، إن كان فيها من يحمل ذلك، وإذا كانوا أهل ديوان؛ فالعقل على تلك العرافة التي تأخذ معهم، وإن كانوا من غير قبيلته.

قال أشهب: إن كان منهم من ليس في الديوان، لم يدخلوا مع من في الديوان، وإن كانوا كلهم من أهل الفسطاط، وإن لم يكن في أهل الديوان أقرب القبائل إليهم، وقاله أَصْبَغ.

قال أشهب: وهذا في ديوان عطاؤه قائم، وأما إن انقطع؛ فإنما ذلك على قومه أهل ديوان أو منقطعين، وقاله مالك في الموازيَّة والعتبيَّة، من رواية أشهب: إن كان العطاء قائمًا؛ عقل معه من معه في الديوان من قومه، أو من غير قومه.

قُلتُ: وتمامها في سماعه: إن كان رجل من الأنصار في قريش؛ عقل عنهم وعقلوا عنه.

قُلتُ: أيعينهم قومهم ممن ليس معهم في الديوان، قال: ما يفعلون؟ قلت: أفتراه،

قال: نعم، وقد انقطع الديوان.

وقال ابن رُشْد: هذا خلاف ظاهر المدَوَّنة من قول مالك؛ إنما العقل على القبائل، كانوا أهل ديوان أو لا، فجعل على هذا السماع أهل الديوان الواحد، كقبيلة من القبائل، وإن كانوا من قبائل شتى، فإن لم يكن فيهم من يحمل العقل؛ ضم إليهم قومهم من غير أهل الديوان الأقرب فالأقرب.

الشَّيخ: روى ابن وَهْب: ليس في أموال العاقلة حد إذا بلغته لزمتهم، وإن قصروا عنه لم تلزمهم.

وروى الباجي: لا حد لعدد من تقسم عليهم الدية من العاقلة؛ وإنما ذلك باجتهاد.

وعن سَحنون: إن كانت العاقلة ألفًا، فهم قليل فيضم إليهم أقرب القبائل إليهم.

قال ابن الحاجب: وألحق بالعصبة أهل الديوان.

ابن عبد السلام: يحتمل أن يريد أن أهل الديوان ممن يؤدي الدية من حيث الجملة، لا أنهم يؤدونها مع العصبة، ويحتمل أن يريد أنهم مع العصبة سواء.

ثم قال: ظاهر قول مالك وأشهب وأَصْبَغ: أن الديوان مقدم على العصبة، وهو يأتي على الاحتمال الأول.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: ويعقل المولى الأعلى، وفي الموطأ ليس لأحد أن يعقل عنه غير قومه ومواليه؛ لأن الولاء لا ينتقل.

وقال ﷺ: **«الولاء لمن أعتق»**[1]، قال مالك: فالولاء نسب ثابت.

الباجي: إن كان المولى من أهل ديوان آخر، ففي الموازيَّة يعقل عنه أهل ديوانه، وإن لم يكونوا من قبيلته.

أشهب وأَصْبَغ: إن كان فيهم من ليس من أهل الديوان، لم يدخلوا مع من في الديوان، وليضم إليهم أقرب القبائل إليهم من أهل ديوانهم.

---

(1) أخرجه البخاري: 458/1 في المساجد، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ومسلم رقم (1504) في العتق، باب الولاء لمن أعتق.

الشَّيخ: روى محمد: من أسلم ولا قوم له، فالمسلمون يعقلون عنه.

اللخمي: إن كانت له عاقلة قليلة؛ لم يكن فيها ما تحمل لقلتهم حمل عليهم ما يحملونه، وما بقي على بيت المال، وفي ولائها ولد الملاعنة ينسب إلى موالي أمه، فهم يرثونه ويعقلون عنه.

وفي دياتها: وإن قال ابن الملاعنة دمي عند فلان، فإن كانت أمه معتقة؛ فلمواليها أن يقسموا ويستحقوا الدم في العمد والدية في الخطأ، وإن كانت من العرب؛ أقسمت في الخطأ أمه وأخوته لأمه، وأخذوا حظهم من الدية، وإن كان عمدًا؛ فلا قسامة فيه، وهو كمن لا عصبة له، فلا يقتل إلا ببينة.

قُلتُ: وكذا ولد الزنا.

ابن المواز: أجمع العلماء أن الموالي من الأسفل، لا يعقلون مع من أعتقهم.

قال: وهو معنى قول ابن القاسم.

ابن رُشْد: وقاله سَحنون، وليس قول ابن الموَّاز بصحيح؛ بل يعقلون معهم على سماع أَصْبَغ ابن القاسم هذا، ومثله لابن كنانة في المدنيَّة.

وفي كتاب الجنايات من المدَوَّنة: وهو قوله في المبتل في المرض، إذا لم يكن لسيده أموال مأمونة، أن جنايته جناية عبد؛ لأن العاقلة لا تحمل له جريرة حتى يحمل، هو مع العاقلة ما لزم العاقلة من الجرائر.

قُلتُ: في أخذه من هذا نظر، لاحتمال أن يريد بالعاقلة عاقلة قومه وعشيرته، لا عاقلة معتقه، وهذا الأخذ من المدَوَّنة سبقه به ابن حارث قال: واعتلال سَحنون في ذلك بأنهم لا يرثونه لا يصح، إذ ليس العقل مرتبطًا بالميراث؛ لأن الرجل يعقل عمن لا يرثه من عشيرته، وكما يعقل عنه من لا يرثه من قبيلة مولاه، فكذا يعقل هو عن من لا يرثه من قبيلة مولاه، وسائر قبيلته، والعقل في هذا بخلاف القيام بالدم، لا حق للمولى الأسفل في القيام به.

الباجي: ويؤدي الجاني مع العاقلة، قاله مالك ومن أصحابنا من قال هذا

استحسان، وليس بقياس.

قُلتُ: ومقتضى عزوه عدم دخوله لبعض الأصحاب، أنه لا يحفظه رواية خلاف قول ابن شاس في دخول الجاني في التحمل روايتان، وتبعه ابن الحاجب، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون.

ونقله اللخمي معبرًا عنه بقوله: وقيل لا يدخل، وعليه إن لم يكن له عاقلة تسقط الجناية، وعلى الأول إن لم يجد من يعينه فيما عادت عليه.

وقيل: على بيت المال، فإن لم تكن أو عسر تناولها، كانت عليه.

ابن الحاجب: ويبدأ بأول الديوان، فإن اضطر إلى معونة أعانهم عصبتهم.

قُلتُ: كذا وجدته في غير نسخة، بلفظ عصبتهم، بجمع الضمير المضاف إليه عصبة، وكذا هو في نسخة شرح ابن عبد السلام وابن هارون، ثم فسراه: بأن أهل الديوان يستعينون بعصبة الجاني، وهو خلاف مدلول جمع الضمير، لكن ما فسراه به هو المنقول في المذهب.

قال ابن عبد السلام: ظاهره أنهم يستعينون بعصبته الذين ليسوا معه في الديوان، وقد قدمنا فوق هذا خلافه.

قُلتُ: الذي تقدم له عن مالك ومن معه: أن أهل الديوان مقدمون على عصبة الجاني، حسبما ذكرناه من نقل ابن رُشْد الاختلاف في ذلك، ومعنى ذلك إذا قوي أهل الديوان على حمل الدية، وهذه المسألة؛ إنما هي إذا عجز أهل الديوان عن حملها، ولا خلاف في استعانتهم بعصبته، فتأمله.

الشَّيخ: عن الموازيَّة من رواية ابن وَهْب: إن لم يكن ديوانه على فخذ الجاني، إن كان فيهم محمل، وإلا ضم إليهم الأقرب فالأقرب من قبائلهم، إن كانوا أهل بلد واحد مثل مصر أو الشام.

الشَّيخ: والصقلي لابن سَحنون عنه: يضم عقل إفريقيَّة بعضهم لبعض من اطرابلس إلى طبنة.

قُلتُ: كثيرًا ما تصحف الطلبة، وبعض جهلة المدرسين والكتبة، لفظ طبنة

فيقولون: طنجة بنون بعد الطاء وجيم، والذي قيدناه ووجدناه في النسخ العتيقة طبنة بباء موحدة من أسفل بعد الطاء ونون بعدها، وذكر لي أنها قرب بجاية.

قال ابن الحاجب: ويبدأ بالفخذ، ثم البطن، ثم العمارة، ثم العصبات، ثم القبيلة، ثم أقرب القبائل.

قُلتُ: ما ذكر من أسماء درجات العصبة، تقدم الكلام عليه في فصل درجات الأولياء في النكاح، ولا فائدة فيه في الموضعين إلا معرفة مدلول هذه الألفاظ باعتبار البعد والقرب، والروايات واضحة في كتاب الولاء والنكاح، بتأخر درجة المولى الأعلى عن العصب، ثم المولى الأسفل، ثم بيت المال، إن كان الجاني مسلمًا، قاله في الولاء منها وغيرها.

الشَّيخ: روى محمد: عاقلة النصراني واليهودي والمجوسي أهل إقليمه الذين يجتمعون معه في أداء الجزية، فإن عجزوا ضم إليهم أقرب القرى منهم، من كورهم كلها.

قال سَحنون: إذا لزمتهم بمدينة قيروان إفريقيَّة، دخل فيها من بإفريقيَّة من اليهود الذي يحملون معهم الخراج.

قُلتُ: هو مقتضى قولها في الولاء، إن كان عبد نصراني بين مسلم ونصراني؛ فأعتقاه ثم جنى جناية، فنصفها على بيت المال لا على المسلم؛ لأنه لا يرثه، ونصفها على أهل خراج الذمي، الذين يؤدون معه.

قال ابن عبد السلام، في قول ابن الحاجب: ولا يعقل بيت المال عن أهل الذمة، فيه نظر؛ لأن بيت المال قد يرث الكافر إذا أعتق، ولم تكن له ورثة.

قُلتُ: ظاهره أنه إذا أعتق، ولم يكن له ورثة أن بيت المال تعقل عنه مطلقًا، وليس كذلك، لما تقدم من قولها في العبد النصراني بين المسلم والنصراني.

الشَّيخ: عن المجموعة، قال المغيرة: إن كانوا أهل صلح فعليهم، وإن اختلفت قبائلهم.

اللخمي: قول الموازيَّة: إن كان من أهل صلح، فالعقل على أهل ذلك الصلح،

ولو قتل حربي دخل بأمان مسلمًا خطأ في كون ديته على أهل كورته، فإن أبوا؛ فعليه ما لزمه معهم، أو عليه في ماله.

روايتا البرقي وسَحنون عن أشهب، وعزا أبو زيد الأول لابن القاسم، وفي دياتها ويحمل الغني من العقل بقدره، ومن دونه بقدره، وذلك على قدر طاقة الناس.

قال ابن القاسم: ولم يحد مالك في ذلك حدًّا، وقد كان يحمل الناس في أعطياتهم من كل مائة درهم درهم ونصف.

الشَّيخ: عن ابن حبيب: إنما يوصف على قدر المال والسعة، وذكره الشَّيخ عن أشهب، وفي النوادر، وظاهره من رواية ابن وَهْب، وأكره أن يبعث السلطان فيما تحمله العاقلة من يأخذه، فيدخل فيه فساد كبير.

الشَّيخ: روى محمد: المجتمع عليه عندنا، أنها على أحرار الرجال البالغين، وفيها زيادة المسلمين، وفيما يأتي زيادة حضور القسم؛ يريدون في بعيد الغيبة ليحمل حاله.

اللخمي: من كان منقطع الغيبة، لا يدخل في العاقلة، ومن خرج لحج أو غزو دخل إذا قدم.

الباجي: عن ابن حبيب، وهي على السفيه المولى عليه بقدر حاله.

الشَّيخ: عن محمد عن ابن القاسم: وليست على المديان.

ابن الماجِشُون: ولا على معدم.

ابن حارث: اتفقوا على أنه لا ينظر إلى العاقلة يوم الموت؛ بل يوم الفرض، وأنها إن فرضت، ثم كبر الصبي، وأيسر العديم، وأفاق المجنون؛ أنه لا يرجع على أحد من هؤلاء بشيء.

الشَّيخ: عن عبد الملك: ولا يؤتنف فيها بعد قسمها حكم؛ لعدم يحدث بعد ملاء أو يسار بعد عدم، أو قدوم غائب أو عتق أو احتلام.

ابن حارث: إن مات بعض من فرضت عليه الدية أو أفلس، فسمع يحيى ابن القاسم: لا يؤخذ ذلك من تركته، ولا يحاص به الغرماء.

ولابن سَحنون عنه مع عبد الملك: هي كدين توخذ من تركته، ويحاص

بها غرماؤه.

ابن حارث: لو كان بعض العاقلة بالحاضرة، وبعضها بالبادية في ضمها وعدمه، ويضم لتمام عاقلة الجاني بالحاضرة، إن كان حضريًا الأقرب إليهم حضريًا، ثالثها: يضاف الأقل من ذلك للأكثر، لقول أشهب، ولرواية ابن القاسم مع ابن وَهْب، وقول أشهب وعبد الملك.

قُلتُ: عزاه الشَّيخ له، ولأشهب قائلين: إن كانا متناصفين حمل كل فريق ما هم أهله، ورواه ابن وَهْب.

ولأشهب: أهل القرى، وأهل باديتهم يحملون جميعًا العقل عن الجاني، إن كان شاميًا، وأرى أن لا يكلف البادي الدنانير، وتقبل منه الإبل بقيمتها.

وفيها: ومصر والشام أجناد جندت لا يعقلون أهل مصر، مع أهل الشام، ولا أهل الشام مع أهل مصر.

اللخمي: أراد بذلك أهل الكور ومصر، من أسوان إلى الأسكندرية، وذكر متقدم قول سَحنون في إفريقيَّة.

وقال أشهب في الموازيَّة: من وجبت عليه دية، وهو من أهل الفسطاط، لا يدخل في ذلك جميع عمل مصر، وذلك على من هو بالفسطاط، وإن لم يكن في قبيل القاتل من يحمل ضم إليهم أقرب القبائل ممن بالفسطاط.

وسمع يحيى ابن القاسم: من ارتحل من البلدة التي وجبت فيها الدية على الجاني قبل فرضها؛ فلا شيء عليه منها لا خلاف أحفظه فيه، إلا أن يرتحل فرارًا منها فيلحقه حكمها حيث ما كان، قاله ابن القاسم وغيره.

ومن أدركه قسم ببلد انتقل إليه قبل القسم دخل فيه مطلقًا، وأشار بعضهم إلى تخريج شرط، تقدم انتقاله على القسم بأربعة أيام، على مسألة حبس، على جذماء بلد قدم عليه مثلهم قبل قسم الحبس.

وفيها: مع قول مالك في الموطأ: إنه سمع أن الدية تقطع في ثلاث سنين أو أربع سنين.

قال مالك: والثلاث أحب إلي الباجي، هذا حكم كل الدية وبعضها في حلوله وتأجيله روايتان.

القاضي عبد الوهاب: وعلى التأجيل ثلثها في سنة، وثلثاها في سنتين.

الباجي: الجلاب: في النصف والثلاثة الأرباع روايتان: إحداهما في سنتين، والثانية ترد إلى الاجتهاد.

محمد: بالأولى أخذ أصحاب مالك إلا أشهب في النصف.

قال: يؤخذ منه الثلثان إذا مضت سنة، وباقيه إذا مضت السنة الثانية.

وقال محمد: الثلاثة الأرباع في ثلاثة أعوام، وقاله ابن القاسم في المدَوَّنة، إلا أنه قال في خمسة أسداسها يجتهد الإمام في السدس الثاني.

محمد: إذا جازت الثلثين بأمر بين؛ فهي كالكاملة، وإن جازته باليسير، فهو كلا شيء، وإذا قلنا ما زاد على الثلثين يقطع في ثلاثة أعوام.

فقال أشهب: في كل سنة يقطع ثلثه، وإن لم يكن له بال في سنتين، واستحسن أن تكون الزيادة في آخر السنتين.

قال: وإن كانت ثلثها وزيادة يسيرة؛ فهي في سنة، وإن كان لها بال؛ ففي السنة الثانية، قاله كله سَحنون.

وفيها: مع غيرها أجزاء الموزعة لتعدد جناتها بأجزاء لا تحمل في ثلاث سنين، وكذا في اتحاد جاز له عواقل؛ لكونه معتقًا لمن هم منها.

الباجي: لابن سَحنون عنه: إن لزمته الدية عواقل عشرة؛ لزم كل قبيلة عشرها في ثلاث سنين، وكذا لو كانت دية مجوسي.

[باب الغرة]

الغرة: دية الجنين المسلم الحر حكمًا، يلقى غير مستهل بفعل آدمي[1]، وروى

(1) قال الرَّصاع: الغرة في اللغة معلومة، وفي الشرع ما رسمها به.

قوله: (دية) أتى بنجس الدية؛ لأنها من الدية، وظاهره: أن حد الدية صادق مما ذكر وتقدم ما فيه، ويظهر أنه لا بد من الزيادة، وبذلك يكون حد الدية صادقًا عليها، ولذا حسن الإتيان بها في باب الدية.

قوله: (الجنين) أخرج به غير الجنين، والجنين معلوم شرعًا.

قال: قال في المدَوَّنة: ما علم أنه حمل وإن كان مضغة أو علقة أو مصورًا.

قال الشَّيخ ﷺ: ظاهره أن الدم المجتمع لغو، ووقع في الاستبراء أنه حمل، ثم إن الشَّيخ هنا: استطرد كلام ابن الحاجب في الجنين، وذكر تعقب شيخه وأجاب عن ابن الحاجب بأنه اتبع لفظ المدَوَّنة وأيده بقول عياض: من اتبع غيره في أمر تعقب؛ فهو بمنجاة منه والتعقب خاص بالأول.

قُلتُ: إذا صحح: هذا واعترض به فكيف يتوجه اعتراضه في كثير على قول ابن الحاجب ومن تبعه ويقول: قبلوه، والله أعلم بقصده هنا.

وحاصله إن صحح ما هناك بطل جوابه هنا بما ذكر فتأمله، ثم إن كلام عياض الذي أشار إليه هو ما ذكره في مداركه، وأن البرادعي لا يرد عليه ما ذكره عبد الحق في كثير من اعتراضاته؛ لأن البرادعي سبقه أبو محمد فالاعتراض عليه وحده، وهذا كلام وجدته بخط بعض تلامذة الشَّيخ ابن عبد السلام أنه كان يقول رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا كلام غير بين؛ لأن البرادعي رضي به، ومن رضي بقول قال به؛ لأن التصويب والتخطية إنما هو على القول من حيث هو إلى آخر كلامه.

قوله: (المسلم) أخرج به الكافر، قوله: (الحر) أخرج به العبد، قوله: (حكمًا) قيد في الإسلام والحرية ليدخل فيه جنين النصرانية من زوجها المسلم؛ لأنه مسلم حكمًا، ويدخل فيه جنين أم الولد من سيدها؛ لأنه حر حكمًا.

قوله: (يلقى غير مستهل) أخرج به إذا لم يلق وإذا ألقي مستهلاً صارخًا.

قوله: (بفعل آدمي) أخرج إذا كان بفعل غير الآدمي مباشرًا وغير مباشر.

(قلت): أما المباشر فهو كذلك، وأما غيره ففيه تفصيل.

(فإن قلت): مفهوم قوله غير مستهل أنه إذا استهل فليس بغرة فيما يجب فيه، وهو صحيح ولكن هل يكون فيه الدية مطلقًا أو تصدر فيه قصاص.

(قلت): أما إن كان الضرب خطأ فالدية، وهل بقسامة أم لا فيه تفصيل، وأما إن كان الضرب عمدًا

مسلم بسنده عن المغيرة بن شعبة قال: ضربت امرأة ضرتها بعمود فسطاط، وهي حبلى فقتلتها، وإحداهما لحيانية، قال فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عصبة القاتلة، وغرة لما في بطنها.

فقال رجل من عصبة القاتلة: أتغرم دية من لا أكل ولا شرب ولا استهل، فمثل ذلك يطل.

فقال رسول الله ﷺ: **«أسجع كسجع الأعراب، وجعل عليهم الدية»**[1].

وفي حديث أبي هريرة: **«فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها، وورثها ولدها ومن معهم»**[2].

وقال النسائي: فقضى النبي ﷺ في جنينها بغرة وأن، يقتل بها خرجه من حديث حمل بن مالك[3].

وفيها: الذكر والأنثى، فيه سواء.

على البطن ففيه القود بقسامة، وقيل الدية، وأما لو ضرب غير البطن ففيه الدية.

(فإن قلت): الجنين إذا ألقي ميتًا قبل موت أمه فلا شك في ثبوت الغرة فيه، وإن انفصل بعد موتها فلا تجب الغرة على المشهور، والحد صادق عليها.

(قلت): لعل الرسم لما هو أعم من المشهور.

(فإن قلت): إذا انفصل بعضه في حياة الأم؛ ففيه قولان وظاهر حده بقيده؛ أنه لا تكون فيه غرة إذا لم ينفصل كله، وقد قلتم إن الرسم أعم من المشهور وغيره.

قُلتُ: الخلاف المذكور أنكره الشَّيخ: على ابن الحاجب ومن تبعه، وأنه خلاف ظاهر الروايات، ونص الموطأ أنه لا غرة فيه إلا بعد الانفصال.

(فإن قلت): إذا ضرب امرأة فألقت جنينين؛ فإن كلا منهما فيه غرة.

قُلتُ: الحد صادق عليه؛ لأن المراد جنس الجنين، وكذلك وقع له في زكاة الفطر، انظره هناك، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

(1) أخرجه مسلم: رقم (1682) في القسامة، باب دية الجنين.

(2) أخرجه البخاري: 218/12 في الديات، باب جنين المرأة، ومسلم: رقم (1681) في القسامة، باب دية الجنين.

(3) أخرجه النسائي: 8/21- رقم: (4739) كتاب القسامة باب قتل المرأة بالمرأة.

الباجي: هذا إن لم يستهل صارخًا.

وفيها: سواء ضربت أمه عمدًا أو خطأ.

وفي كونها في مال الجاني أو على عاقلته روايتان لها، واللخمي عن أبي الفرج.

وفيها: إن ضرب مجوسي أو مجوسية بطن مسلمة خطأ، فألقت جنينًا ميتًا؛ حملته عاقلة الضاربة، وإن كان عبدًا؛ ففي مال الجاني.

ابن حارث: إن كان خطأ.

فقال ابن القاسم: فذكر قوله، قال: وقال أشهب: إنها تحمل العاقلة ثلث دية المجني عليه، أو يكون الجرح لو أصيب به الجارح؛ كان مثل ثلث الدية، والجنين ليس كذلك.

وفيها: في جنين أم الولد من سيدها، ما في جنين الحرة، وكذا جنين النصرانيَّة من زوجها العبد المسلم.

اللخمي: ولأشهب في كتبه: أنه فيه عشر دية أمه، ولو كان زوج النصرانيَّة مجوسيًا؛ كان فيه قولان هل فيه أربعون درهمًا على حكم الأب، أو عشر دية أمه والجنين.

فيها: هو ما علم أنه حمل، وإن كان مضغة أو علقة أو مصورًا.

قُلتُ: ظاهره أن الدم المجتمع لغو، وفي استبرائها أنه حمل، وذكره اللخمي هنا، وتقدم القول فيه.

ابن الحاجب: هو ما تلقيه الحرة مما يعرف أنه ولد، مضغة كان أو غيرها.

وتعقبه ابن عبد السلام: بإيهامه قصر الحكم على المضغة فما بعدها، وتقدم خلاف ابن القاسم في الدم المجتمع.

قُلتُ: يجاب باتباعه لفظ المدَوَّنة، ولاسيما على قول عياض: من اتبع غيره في أمر تعقب؛ فهو بمنجاة منه، والتعقب خاص بالأول.

وفيها: في جنين الذمية عشر دية أمه، أو نصف عشر دية أبيه، وهما سواء.

وفي الموطأ: في جنين اليهودية والنصرانيَّة عشر دية أمه.

وعبر ابن الحاجب بقوله: أو في جنين الذمي نصفها، وتعقب بجنين المجوسي.

الباجي: قال في المجموعة: والمجوسية كاليهودية، وذلك إذا كان من زوجها عبدًا أوحرًّا كافرًا، ولو كان من سيدها؛ ففيه ما في جنين الحرة المسلمة، وكذا الكتابية حرة تحت مسلم.

وفيها: مع الموطأ في جنين الأمة لا من سيدها عشر قيمة أمه.

الباجي: روى ابن نافع: زادت على الغرة أو قصرت، كان أبوه حرًّا أو عبدًا.

وقال ابن وَهْب: فيه ما نقصها، ومن أعتق ما في بطن أمته من غيره؛ فألقت جنينًا ميتًا؛ ففيه عشر قيمة أمه، ولو ألقته حيًّا ففيه دية حر.

قُلتُ: هو نحو ما في ثاني عتقها.

وفيها: قال مالك: والحمران من الرقيق أحب إلي من السودان؛ فإن قل الحمران بتلك البلاد، فلتؤخذ من السودان.

الباجي: روى ابن عبدوس: الغرة من الحمران أحب إلي من السودان، إلا أن يقلوا، فمن أوسط السودان؛ يريد: ما لم تنقص قيمتها عن خمسين دينارًا، أو ستمائة درهم.

وفيها: والقيمة في ذلك خمسون دينارًا، أو ستمائة درهم، وليست القيمة كسنة مجتمع عليها، وإننا لنرى ذلك حسنًا، فإذا بذل الجاني عبدًا أو وليدة؛ أجبروا على أخذها إن ساوت خمسين دينارًا، أو ستمائة درهم، وإن ساوت أقل من ذلك؛ لم يجبروا على أخذه إلا أن يشاءوا.

اللخمي: قوله: إن ساوت خمسين دينارًا، أو ستمائة درهم ليس ببين؛ لأنه ﷺ إنما أوجب الغرة من غير اعتبار قيمة، وأثمان العبيد تختلف في البلدان، وتختلف أثمانها في الأسواق.

أبو عمر: قال بعضهم: أقل الغرة بنت سبع سنين؛ لأنه لا يفرق بينها وبين أمها دون هذا السن، وهو أحد قولي الشافعي.

قال ابن رُشْد: وهذا مما لا يختلف فيه.

اللخمي: مقتضى قول مالك، وابن القاسم وأشهب: أن الجاني مخير في غرم الغرة أو عشر دية الأم من كسبه، إن كان من أهل ذهب فخمسون دينارًا، وإن كان من أهل الورق فستمائة درهم، وإن كان من أهل الإبل؛ فخمس فرائض على اختلاف في هذا.

قُلتُ: إنما عزا الباجي التخيير لعيسى، قال عقب ذكره قول مالك.

فيها: وقال عيسى: القاتل مخير بين أن يعطي غرة قيمتها ما ذكر، وبين أن يعطي الدنانير أو الدراهم.

قُلتُ: ففي كون الواجب على الجاني الغرة، لا يشرط قيمتها أو بشرطها.

ثالثها: هو مخير فيها، وفي نصف عشر دية الذهب، إن كان من أهله أو الورق إن كان من أهلها.

ورابعها: تخييره في الثلاثة مطلقًا لاختيار اللخمي، وظاهر نقل الباجي عن رواية المجموعة، مع ظاهر المدَوَّنة، واللخمي عن مقتضى قول مالك، مع من ذكر معه، والباجي عن عيسى.

وتعقب ابن عبد السلام نقل ابن الحاجب: التخيير في الثلاثة بأن ظاهر المدَوَّنة نفيه.

وفي آخر الديات، من تعليقة أبي عمران: إن أتاه بخمسين دينارًا، أو ستمائة درهم في الغرة هل يجبر على أخذها؟ وهل يجوز أن يراضيه عليها، ويؤخره بها، أو يكون ذلك دين في دين كدية الخطأ، إن راضوه على غير العين مؤجلًا في ذلك إشكال.

وفي كونها إبلاً على أهل الإبل، ومنع الإبل فيها: نقل الشَّيخ عن أشهب في الموازيَّة قائلًا: لا يؤخذ من أهل البادية إلا إبل، ولا من أهل الذهب غيره، ولا من أهل الورق غيرها.

وعن أبي زيد، عن ابن القاسم، وقول ابن شاس عن أشهب: تؤخذ منهم الإبل، وهي خمس فرائض؛ بنت مخاض، وبنت لبون، وابن لبون، وحقة وجذعة صواب؛ لأنها نصف عشر دية الخطأ.

وذكره الشَّيخ عن الموازيَّة قال: وقاله ربيعة وتعقب ابن عبد السلام عزوه ابن الحاجب لأشهب، وقال: لم أقف عليه لأشهب كما ذكره المؤلف، وذكره محمد عن ربيعة،.

قُلتُ: يرد بامتناع تفسير نصف عشر الدية في الإبل بغير ذلك، وهي واجبة فيه بانفصاله ميتًا قبل موت أمه اتفاقًا، ولو انفصل ميتًا بعد موتها ففي لغوها معللًا بأنه مات بموتها، فإنما على قاتلها الدية والكفارة.

وابن رُشْد عن أشهب، ولم يعزه اللخمي إلا لمحمد قائلًا: فيه الغرة مع دية الأم كلاهما على العاقلة، وإن كان الضرب عمدًا قتل بالأم والغرة في ماله.

قال ابن الحاجب: فإن انفصل بعد موتها أو بعضه في حياتها فقولان.

وفي بعض النسخ: فإن انفصل بعضه في حياتها فقولان، وهذه العبارة أحسن، ولا أعرف هذا الفرع إلا لأبي شعبان في زاهيه قال: لو خرج بعض الجنين حيا، ثم مات لا شيء فيه.

وقال بعض أصحابنا: فيه الغرة.

ولابن شاس قال: لو خرج رأس الجنين، ثم ماتت الأم؛ ففي إيجاب الغرة قولان، وهو تابع فيه للفظ الغزالي في الوجيز، لغير ابن شعبان في زاهيه قال: ولو خرج بعضه ثم ماتت.

قُلتُ: ظاهر ألفاظ سماعات العتبيَّة، وأقوال أهل المذهب: أن المعتبر كمال خروجه؛ لأنه مدلول الضمة الواقع في الأسمعة، وهو كنص في الموطأ.

قال مالك: لم أسمع أحدًا يخالف في أن الجنين لا تكون فيه الغرة، حتى يزايل بطن أمه، ولو ألقته حيًّا، حيَّة أو ميتة، والضرب خطأ، ومات بالحضرة؛ ففي وقف ديته على القسامة قولان لابن القاسم فيها قائلًا: لأنه لا يدري أمات من الضربة، أو لما عرض بعد خروجه مع الشَّيخ عن رواية محمد، وقول أشهب قائلًا: إن أقام ثم مات فبقسامة، وحكاه اللخمي.

ولابن رُشْد في رسم أول عبد من سماع يحيى ابن القاسم: إن استهل بعد خروجه

فمات؛ ففيه الدية في الخطأ على العاقلة.

ولبعض المدنيين عن مالك: لا قسامة فيه إن مات مكانه؛ وإنما تكون فيه القسامة إذا عاش ثم مات.

عبد الحق: قول بعض شُيُوخ بلدنا: إن استهل الجنين المضروب خطأ، فوجبت الدية بقسامة، فأبى الولاة أن يقسموا؛ فلهم الغرة، كمن قطعت يده، أو جرح ثم نزف فيه، فمات أن ولاته إن أبوا القسامة أخذوا دية الجرح أو اليدان، هذا عندي غير مستقيم ليس لهم أخذ الغرة إن أبوا القسامة؛ لأنه لما استهل صارخًا؛ زالت الغرة وصار من جملة الأحياء، ولو كان الضرب عمدًا على بطنها؛ ففي وجوب القود فيه بقسامة مطلقًا أو دية الخطأ دون قسامة، قولان للخمي مع غيره عن ابن القاسم وأشهب.

الشَّيخ: لابن القاسم في المجموعة: هذا إن تعمد ضرب البطن أو الظهر أو موضعًا يرى أنه أصيب به، أما لو ضرب رأسها أو يدها أو رجلها؛ ففيه الدية.

قُلتُ: أو رأسها يرد ما نقله عبد الحق عن ابن مناس من أنه يقول: ضربها في الرأس كضربها في البطن.

ولابن رُشْد في سماع يحيى المتقدم: إن كان الضرب عمدًا؛ ففيه القصاص بقسامة ولا تجب القسامة إلا بشاهدين على الضرب لمات منه.

وقال بعض المدنيين عن مالك: لا قسامة فيه إن استهل فمات مكانه أو بشاهد واحد على الضرب على القول بالقسامة بشاهد واحد على الجرح، هذا إن كان الضرب في البطن، وإن كان في سائر أعضائها؛ فقيل: لا قصاص فيه؛ بل الدية في مال الجاني، وهو قوله في هذه الرواية.

ومثله لابن القاسم في المدَوَّنة قال: لا يكون بالعمد في المرأة إلا أن يضرب بطنها خاصة عمدًا، فهذا الذي فيه القصاص بقسامة، إلا أن سَحنونا علم عليه، فقال: ليس من الأمهات، وهذا ينحو إلى القول بشبه العمد الذي قاله أكثر أهل العلم، ورواه العراقيون.

وقيل: فيه القصاص إن علم سقوطه من الضربة، كانت في عضو من أعضائها،

قاله ابن القاسم في النوادر، وهو قياس قول مالك: شبه العمد باطل.

وسمع القرينان من ضربت، فطرحت جنينين، لم يستهلا؛ ففيهما غرتان، ولو استهلا؛ كان فيهما ديتان.

الباجي: ورواه ابن نافع في المجموعة.

والدية خطأ أو مقبولة:

فيها مع غيرها: مورثة كمال الميت.

وفيها: إن عفا أحد البنين سقط حقه من الدية، وكان بقيتها بين من بقي على فرائض الله، ويدخل في ذلك الزوجة وغيرها، وكذا لو وجب الدم بقسامة، ولو عفا على الدية؛ كانت له، ولسائر الورثة على المواريث، وإن عفا جميع البنين؛ فلا شيء للنساء من الدية، وإنما لهن إذا عفا بعضهم.

وفيها: وتورث الغرة على فرائض الله تعالى.

الباجي: قال ابن حبيب: به قال أصحاب مالك، وقال ربيعة هي للأم فقط، وقال ابن هرمز: هي للأبوين، فإن انفرد أحدهما اختص بها.

وقاله مالك مرة، ثم رجع إلى قول ابن شهاب، وبقول ابن هرمز قال المغيرة.

الشَّيخ: في المجموعة لابن القاسم وأشهب: إن خرج حيًّا، ثم مات قبلها أو بعدها؛ فإن استهل فآخرهما موتًا يرث أولهما، وإن لم يستهل؛ فهي ترث إرثها منه، ولو ماتت قبله إذ لا تعد حياته حياة.

قُلتُ: ونحوه فيها، وله في المجموعة، ولو ضربت فألقت جنينًا ميتًا، وآخر حيًّا مستهلًا، ثم مات؛ ففي الميت غرة، وفي الآخر دية كاملة، وهو يرث في دية أخيه، خرج قبل أخيه أو بعده، وإن ألقته ميتًا بعد موت أبيه عن امرأة أخرى، ولدت بعده؛ فإن ما ولدت يرث في تلك الغرة التي لأخيه.

اللخمي: لأشهب في الموازيَّة: في جنين الذمية من العبد المسلم عشر دية أمه، وترثها أمه، وإخوته لأمه.

محمد: هذا غلطٌ، لا شيء للأم فيها، ولا شيء لنصراني، ولا عبد من ديات

المسلمين، والدية لمن يرثه سواهم من المسلمين، فإن لم يكن فبيت المال، وإذا طرح ميتًا ثم ماتت الام؛ ورثت منه ولم يرثها.

الشَّيخ: في المجموعة عن ابن القاسم وأشهب: إذا كان الأب الضارب، لم يرث في الغرة التي لزمته، ولا يحجب.

اللخمي: قال مالك: لو أن رجلًا ضرب بطن امرأته، فألقت جنينًا ميتًا، لم يرث الأب من ديته شيئًا، ولا يغصب.

[باب ما تجب فيه الكفارة في القتل]

كفارة القتل: الشَّيخ: في الموازيَّة والمجموعة، روى ابن القاسم، وابن وَهْب: ذكر الله سبحانه الكفارة في قتل الحر المسلم خطأ[1]، فقال تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ إلى قوله: ﴿فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ﴾ [النساء: 92]، وشرط الرقبة كالظهار، وشرط إيمانها نص.

وقول ابن شاس: وتجب في مال الصبي والمجنون واضح، كالزكاة، ولم أجده لغيره من أهل المذهب نصًّا؛ بل في وجيز الغزالي.

الجلاب: الكفارة في قتل الخطأ واجبة، لا في قتل عمد ولا كافر ولا عبد.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (الحر) أخرج العبد فإنه لا تجب فيه الكفارة، ونقل عن ابن القاسم استحبابها.

(فإن قلت): الجنين وقع في المدَوَّنة فيه الكفارة إذا ضربها وألقت جنينًا.

(قلت): قال فيها، قال مالك: إنما الكفارة في كتاب الله في قتل الحر خطأ، واستحسن مالك ذلك في الجنين والله أعلم، وقوله: (المسلم) أخرج الكافر، قوله: (خطأ) أخرج العمد.

(فإن قلت): ظاهره تجب على قاتل نفسه، وفيه للشافعيَّة وجهان.

(قلت): الشَّيخ: قال: الآية تخرج قاتل نفسه، فمن لم يجد فصيام لامتناع تصور هذا الجزء من الكفارة فيه، وإذا بطل الجزء بطل الكل.

قُلتُ: هذا صحيح باعتبار الآية والرسم ليس فيه ما يخرج ذلك فتأمله.

(فإن قلت) قوله: (خطأ) أخرج العمد، وأما شبه العمد فقد ذكروا فيه الكفارة.

قُلتُ: ذكره ابن شاس واعترضه الشَّيخ بخلاف نصها، والله أعلم.

الشَّيخ: روى ابن القاسم، وابن وَهْب في الكتابين: استحسن في العبد الكفارة.

قال في كتاب محمد: قتله عمدًا أو خطأ، قال في الكتابين: والذمي كالعبد.

أشهب: هي في العبد أوجب.

وفيها: استحسانها فيهما.

[باب في الكفارة في القتل]

الجلاب: هي عتق رقبة مؤمنة، فمن لم يجد؛ فصيام شهرين متتابعين، فمن لم يستطع انتظر القدرة على الصيام، أو وجود الرقبة، ولا يجزئه الإطعام[1].

ابن شاس: ولا تجب في قتل الصائل ولا قاتل نفسه.

قُلتُ: هو مقتضى المذهب؛ لأنه غير خطأ، ولم أجده نصًّا إلا للغزالي في وجزيه، قال فيه: وفي وجوبها على قاتل نفسه وجهان.

قُلتُ: قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: 92] يخرج قاتل نفسه؛ لامتناع تصور هذا الجزء من الكفارة فيه، وإذا بطل الجزء بطل الكل.

قال ابن شاس: ويجب في شبه العمد على الرواية المثبتة له، وظاهر لفظ ابن الحاجب: أن الروايتين منصوصتان، ولم أقف عليهما لغيره، وظاهر المدَوَّنة: عدم الكفارة.

وفيها مع غيرها: على كل واحد من الشركاء في دية واحدة خطأ كفارة.

وفيها: فيمن ضرب امرأة خطأ، فألقت جنينًا ميتًا كفارة.

قال: قال مالك: إنما الكفارة في كتاب الله تعالى في قتل الحر خطأ، واستحسن مالك الكفارة في الجنين.

الشَّيخ: روى ابن القاسم في الموازيَّة: أحب إليَّ أن يكفر.

---

(1) قال الرَّصاع: الكفارة ما ذكره الله في قوله ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: 3] الآية وشرطها كالظهار فانظر ذلك، وهو ظاهر والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

قال محمد: وروى أشهب: لا كفارة عليه، واختصرها أبو سعيد سؤالًا وجوابًا، لإشكال الجواب، لعدم انحصار طرق الأحكام في نصوص القرآن.

وفيها: من دفع لصبي دابة أو سلاحًا يمسكها، فعطب بذلك؛ فعليه عتق رقبة.

وللشيخ عن أشهب: لا شيء عليه، والقتل عمدًا يرتفع عنه القصاص أو يمتنع يضرب مائة ويسجن عامًا.

روى الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: **«أن رجلا قتل عبدًا متعمدًا؛ فجلده النبي ﷺ مائة جلدة، ونفاه سنة، ومحا اسمه من المسلمين، ولم يقد به، وأمره أن يعتق رقبة»**[1].

عبد الحق في إسناده اسماعيل بن عياش، وهو ضعيف في غير الشاميين، وهذا الإسناد حجازي، ورواه إسحاق بن عبد الله بن أبي قرة عن إبرهيم بن عبد الله بن حنين عن أبيه عن علي عن النبي ﷺ ولم يذكر الرقبة[2]، وإسحاق بن قرة متروك، وما ذكر حديثه أيضًا الدارقطني، ولا يصح في هذا شيء، وتعقب ابن القطان قوله: وهذا الإسناد حجازي بأنه شامي؛ لأنه في إسناد الدارقطني حدثنا إسماعيل بن عياش عن الأوزاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده الحديث.

قال بعض الشُيُوخ المتأخرين: على المالكي حفظ هذا الحديث بتصحيح ابن القطان إياه، فإنه حجة للمذهب، ووجهه الباجي بقوله إنه شخص جنى جناية فقتل في جنسها، فسلم من القتل، فيضرب مائة، ويسجن عامًا، أصله الزاني البكر، وقضى به أبو بكر وعمر وعلي.

وفيها مع غيرها: من ثبت عليه أنه قتل رجلًا عمدًا، ببينة أو بإقرار أو بقسامة، فعفي عنه، أو سقط قتله؛ لأن الدم لا يتكافأ، فإنه يضرب مائة، ويسجن عامًا -كان القاتل رجلًا أو امرأة مسلمًا أو ذميًّا، حرًّا أو عبد لمسلم أو ذمي، والمقتول مسلم أو ذمي.

الباجي: عن ابن القاسم وأشهب: من اعترف بالقتل، فعفي عنه جلد وحبس.

(1) أخرجه الدارقطني: 3/143- رقم: (187) في كتاب الحدود والديات وغيره.

(2) أخرجه الدارقطني: 3/144- رقم: (188) في كتاب الحدود والديات وغيره.

قال أشهب: كسائر الحدود التي لله تعالى، لا تسقط بالتوبة.

ولأَصْبَغ في الموازيَّة: لا حبس على عبد، ولا أمة ويجلدان، وقاله المغيرة.

قُلتُ: قول أشهب: كسائر الحدود مقتضاه سقوط الحبس عن المرأة والعبد، كالتغريب في الزنا، ومقتضاه: إن رجع المقر عن إقراره سقط عنه الضرب والسجن، وبه وقع الحكم بتونس في أواخر القرن السابع على ما أخبرني به بعض شُيُوخنا.

وفي قصر ذلك على قتل المسلم، ولو كان عبدًا، وعمومه في كل كافر، ولو كان مجوسيًا نقلا الباجي عن عبد الملك، وغيره من أصحاب مالك.

محمد: إن قتلت أم الولد سيدها؛ جلدت وحبست، ولو قتلت غيره؛ جلدت، ولم تحبس، وعلى المرأة إن قتلت حرًّا أو عبدًا أو ذميًّا أو غيرهم؛ الجلد والحبس، قاله مالك وابن القاسم وأشهب.

الباجي: روى ابن عبدوس ومحمد: لو تعلقت القسامة بجماعة، فقتل أحدهم ضرب كل واحد منهم مائة ويسجن عامًا، ولو وقع العفو قبل القسامة، وقبل أن يحقق الولي الدم كشف عن ذلك، فما كان يحق عليه الدم بالقسامة أو بالبينة ضرب وسجن، وما لا فلا، ولو نكل الأولياء عن القسامة، فحلف المدعى عليهم وبرئوا.

قال محمد: فعلى المدعى عليه الضرب والسجن، وقاله أصحاب مالك، إلا ابن عبد الحَكَم: لا ضرب عليه ولا سجن إن حلف خمسين يمينًا، وإن لم يحلف حبس أبدًا حتى يحلف.

وقال أشهب: في اللطخ ضرب مائة وسجن عام، وروى مُطَرِّف: إن وقعت عليه تهمة، ولم تحقق ما يوجب قسامة، ولا قتلًا، لم يضرب ولم يسجن، ويطال سجنه السنين الكثيرة.

وفي تقديم الضرب على السجن، والتخيير في ذلك قولان، لسماع عيسى ابن القاسم، ونقل الباجي عن أشهب، ولم يحك ابن رُشْد غير ما في السماع.

[كتاب القسامة]

القسامة: حلف خمسين يمينًا أو جزئها على إثبات الدم[1]، روى مسلم بسنده عن

(1) قال الرَّصاع: قوله: (حلف) معلوم شرعًا ولغة، وهو جنس للقسامة، وقد فسرها الشارع بذلك، لا يقال لأنه أطلق في الحلف بأي شيء يكون؛ لأنا نقول ذلك إنما هو شرط للمحلوف به، وهو خارج عن الحقيقة.

قوله: (خمسين يمينًا) أما العمد والقصاص فلا بد من رجلين، يحلف واحد خمسًا وعشرين توزع الأيمان عليهم.

قال ابن رُشْد: لأنه لما كان لا يقتل إلا بشاهدين لم يستحق الدم إلا برجلين.

قال مالك رَحِمَهُ اللهُ: لا يجوز أقل من اثنين وخارج المذهب فيه خلاف،قوله:حلف خمسين يمينًا إما من رجلين أو أكثر وتوزع الخمسون على ذلك.

(فإن قيل): إذا كان الولاة أزيد من خمسين كالستين وليًا،فقد نقل عن ابن القاسم أنه لا بد أن يحلف جميع الأولياء، ولا يجتزئ بخمسين منهم فهذه قسامة أكثر من خمسين يمينًا.

(قلت): قالوا أنه خلاف به العمل، قوله: (أو جزأها) معناه أو حلف جزء خمسين يمينًا ليدخل به حلف ورثة الدم في دية الخطأ، فإنها على قدر المواريث، قال في المدَوَّنة: إن لم يترك الميت إلا بنتًا بغير عصبة حلفت خمسين يمينًا، وأخذت نصف الدية، وإن كان معها عاصب حلف كل واحد خمسة وعشرين يمينًا، ففي الصورة الثانية الحلف بجزء خمسين لا بالخمسين، ويدخل في ذلك جميع الصور، إذا قسمت الخمسون على الورثة لا إن كانت بأجزاء متساوية أو غيرها، وإن وجب التكميل في الكسر فيشكل ذلك على قول ابن القاسم؛ لأن الحلف أكثر من خمسين فتأمله.

قوله: (على إثبات الدم) أخرج به إذا حلف خمسين يمينًا لتهمة دم؛ فإنه ليس بقسامة فيخرج به حلف المدعى عليه إذا نكلت الأولياء فإنه ليس بقسامة، وكذا تخرج مسألة العتبيَّة: إذا قتل رجل وهرب واتبع أو دخل في دار، ووجدت جماعة قالوا: يحلف كل خمسين يمينًا والدية عليهم.

(فإن قلت): ما قررت به كلامه: أن القسامة عرفًا إنما هي الحلف خمسين يمينًا على إثبات الدم اقتضى أنها إنما تكون من جهة المدعي فقط، وقد وقع لهم لما تكلموا على أن العبد إذا قال: دمي عند فلان أن المدعى عليه يحلف خمسين يمينًا وسموه قسامة في بعض الروايات.

(قلت): ذلك وإن صح فإنه متأول على التجوز منهم، والله أعلم.

(فإن قلت): إذا ترك بنتًا وحلف خمسين يمينًا وأخذت حظها، ثم رجعت وردت، ثم طرأت أخت لها قالوا: تحلف الثانية بقدر حظها فقط؛ لأنه قد حكم بالخمسين يمينًا قبلها فيقال هذه قسامة بأكثر من خمسين، وهو قد حصرها في الخمسين، وجزئها فالحد غير منعكس.

=

سهل ابن أبي حتمة، عن رجال من كبراء قومه: أن عبد الله بن سهل ومحيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهم، فأتى محيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل، وطرح في عين أو فقير فأتى يهود فقال: أنتم والله قتلتموه، قالوا: والله ما قتلناه، ثم أقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم ذلك، ثم أقبل هو وأخوه حويصة -وهو أكبر منه- وعبد الرحمن بن سهل، فذهب محيصة ليتكلم، وهو الذي كان بخيبر، فقال رسول الله ﷺ لمحيصة: **«كبر كبر»** يريد السن، فتكلم حويصة.

فقال رسول الله ﷺ: **«إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب»** فكتب إليهم رسول الله ﷺ في ذلك، فكتبوا: إنا والله ما قتلناه، فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن: **«تحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟»** قالوا: لا قال: **«فتحلف لكم يهود؟»** قالوا: ليسوا بمسلمين، فوداه رسول الله ﷺ من عنده، فبعث إليهم رسول الله مائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار.

فقال سهل: فلقد ركضتني منها ناقة حمراء، وفي بعض طرقه، فقال رسول

(قلت): لا يرد ذلك عليه - رحمه الله تعالى ورضي عنه- لأنه يقول الواجب في القسامة حلف خمسين أو جزأها والزائد هنا يدخل في قوله: أو جزأها.

(فإن قلت): الشَّيخ: لم يذكر في رسمه شرط حالف القسامة، وابن الحاجب قال: القسامة أن يحلف الوارثون المكلفون في الخطأ واحدًا كان أو جماعة ذكرًا أو أنثى خمسين متوالية على البت، ولو كان أعمى أو غائبًا فاشترط التكليف، واشترط الوراثة من الحالف.

قُلتُ: ابن الحاجب: ذكر أولاً القسامة في الخطأ، ثم ذكر القسامة في العمد، والشَّيخ هنا: أتى بها يعم الأمرين، ولم يحتج إلى شرط ما ذكر ابن الحاجب؛ لأنه ذكر ما يعم صحيحها وفاسدها أو استغنى عن ذلك بقوله على إثبات الدم، وإثبات الدم إنما يكون بحلف المكلف شرعًا، فإذا حلف من لا ميز له فليس بقسامة وفيه تأمل؛ لأنا قدمنا أن رسمه لما كان صحيحًا وفاسدًا فتأمله.

(فإن قلت): لم يقل حلف الأولياء، وذلك شرط في القسامة، فإن حلف الأجانب لا يسمى قسامة شرعية.

(قلت): يظهر أن ذلك لا بد منه، وكذلك اشتراط الرجلين في العمد، وقد نقل عن الشَّيخ سيدي أبي عبد الله محمد بن مرزوق أنه اعترض هذا الرسم بأمور كثيرة، ولا شك أن فيه ما يبحث به معه: والله أعلم بقصده.

الله ﷺ: «**يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته**» فقالوا: أمر لم نشهده كيف نحلف؟ قال: «**فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم**»(1).

وروى أبو داوود عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وسليمان بن يسار عن رجال من الأنصار أن النبي ﷺ قال ليهود وبدأ بهم: «**أيحلف منكم خمسون رجلًا؟**» فأبوا، فقال: للأنصار استحقوا، فقالوا: أنحلف على الغيب يا رسول الله؟ فجعلها رسول الله ﷺ دية على يهود؛ لأنه وجد بين أظهرهم(2).

وخرج مالك في موطئه الحديث(3)، وقال أبو عمر: لم يحكم فيها رسول الله ﷺ بشيء، إلا بآية المدعي المدعين من الأيمان، ومن قبول أيمان اليهود، وتبرع بأن جعل الدية من مال الله تعالى، لئلا يبطل دم مسلم، وما أعلم في شيء من الأحكام المروية عنه ﷺ من الاضطراب والتضاد والترافع ما في هذه القصة، وهي قصة واحدة، واختلاف العلماء كثير في القسامة وما يوجبها والأيمان.

فيها: ومن يبدأ.

فيها: وهل يجب بها القود، أو لا يستحق بها غير الدية؟

[باب في سبب القسامة]

سببها: ثبوت ما هو مظنة، لإضافة قتل الحر المسلم لآدمي(4)، وقول ابن الحاجب

---

(1) أخرجه البخاري: 12/203 - 206 في الديات، باب القسامة، ومسلم: رقم (1669) في القسامة، باب القسامة.

(2) أخرجه أبو داود: 2/587- رقم: (4526) كتاب الديات باب في ترك القود بالقسامة.

(3) أخرجه الموطأ: 2/877 و878 في القسامة، باب تبرئة أهل الدم في القسامة.

(4) قال الرَّصاع: (فإن قلت): الشَّيخ: ذكر القسامة وعرفها ثم ذكر السبب وعرفه وابن الحاجب عكس.

(قلت): هذا صحيح وقد اعترض الشَّيخ ابن عبد السلام على ابن الحاجب في كونه قدم تعريف سبب القسامة على القسامة، قال: والترتيب يأباه فلعل الشَّيخ رأى صواب الاعتراض فذكر ما رأيت، (فإن قيل): إذا ثبت أنها سبب والقسامة مسببة والسبب متقدم طبعًا فالواجب تقديمه وضعًا

وابن شاس، هو قتل الحر المسلم في محل اللوث، يخرج عنه قسامة من ثبت ضربه ببينة تامة، وتراخى موته بذلك.

وفيها: قال ابن القاسم ليس في شيء من الجراح قسامة ولكن من أقام شاهدًا عدلًا

كما صنع ابن الحاجب فكيف يقول: والترتيب يأباه، بل الترتيب كما ذكرناه، فما وجه قول الشَّيخ ابن عبد السلام (قلنا): وجهه أنه لما كان تصور القسامة سابقًا على تصور سببها، وإن كان السبب له أثر في وجودها خارجًا كان الواجب تقديم تصور القسامة.

قول الشَّيخ: (ثبوت ما هو مظنة) معناه وجود الأمر الذي هو علة لإضافة قتل الحر المسلم، وإن ذلك الأمر الثابت لا بد أن يكون مشتملاً على نسبة قتل حر مسلم لآدمي، وذلك يكون بدليل من مواضع اللوث الذي ذكروه وأخرج به الدليل القوي، كالشهادة على القتل، فإن ذلك يوجب القتل من غير قسامة إذا مات فورًا.

وقتل الحر المسلم من إضافة المصدر إلى مفعوله ولآدمي يتعلق بإضافة.

قوله: (قتل حر مسلم) أخرج به قتل العبد، فإن ذلك ليس سببًا في القسامة، وكذلك قتل الكافر فإن ذلك ليس سببًا فيها أيضًا.

قوله: (لآدمي) أطلق في الآدمي وأخرج به الإضافة إلى حيوان لا يعقل، ولآدمي سواء كان صغيرًا أو عبدًا أو كافرًا أو مكلفًا، وأخرج بقوله: القتل الأطراف والجراح؛ لأن ذلك ليس فيه قسامة.

(فإن قلت): قوله: ثبوت ما هو مظنة لإضافة القتل لآدمي إن عم ذلك جميع الحالات التي تكون في الأسباب من محل اللوث؛ ففيها ما هو متفق عليه ومشهور، وإن لم يكن فيه عموم يقع فيه إبهام في مقام الإفهام.

(قلت): الظاهر العموم والرسم لما يعم المتفق عليه والمختلف فيه.

(فإن قلت): قوله: قتل حر ظاهره أن العبد إذا قال: دمي عند فلان؛ ليس فيه قسامة.

(قلت): كذلك قال الباجي عن المشهور عن مالك،وقيل يحلف المدعى عليه خمسين يمينًا، وليس ذلك بقسامة وقد حصل ابن رُشْد أربعة أقوال، وكذلك إذا قال الذمي: دمي عند فلان؛ فيه أيضًا أقوال.

وعن المغيرة: أن ولاته يقسمون ويستحقون الدية.

قال الشَّيخ ﷺ: وقول ابن الحاجب وابن شاس: قتل الحر المسلم في محل اللوث يخرج عنه قسامة من ثبت ضربه ببينة وتراخى موته بذلك، يعني: فإن فيه القسامة، ولا يصدق عنه رسمه؛ لأنه لا يصدق عليه قتل في محل اللوث، ولذا عدل الشَّيخ عن ذكر القتل في رسمه إلى ما ذكر من الثبوت إلخ، والله سبحانه أعلم.

على جرح عمد أو خطأ، فليحلف معه يمينًا واحدة، ويقتص في العمد، ويأخذ الدية في الخطأ، وإنما خمسون يمينًا في النفس.

قُلتُ: وفي الجلاب لا قسامة في عبد ولا أمة ولا ذمي ولا ذمية.

وفيها: من أقام شاهدًا، أن فلانا قتل عبده عمدًا أو خطأ حلف يمينًا واحدة مع شاهده؛ لأنه مال، وغرم له القاتل قيمته، فإن كان القاتل عبدًا خير سيده بين أن يغرم قيمة المقتول أو يسلم عبده، فإن أسلمه لم يقتل؛ لأنه لا يقتل بشهادة واحد، ولأنه لا قسامة في العبيد في عمد ولا خطأ.

وفيها: أيضًا لأن مالكًا قال: في نصراني يقوم على قتله شاهد واحد عدل مسلم، أن ولاته يحلفون يمينًا واحدة، ويستحقون الدية على من قتله مسلمًا كان أو نصرانيًّا، ومثله في الموطأ.

الباجي: قوله: ليس في العبيد قسامة، هو المشهور عن مالك.

وروى محمد: إن قال العبد دمي عند فلان حلف المدعى عليه خمسين يمينًا وبرئ.

أشهب: ويضرب مائة، ويسجن سنة، فإن نكل حلف سيده يمينًا واحدة، ولا قيمة عليه، ولا ضرب ولا سجن، فإن نكل غرم القيمة، وضرب وسجن.

ابن الماجِشُون: إنما السجن استبراء، وكشف عن أمره ويضرب أدبًا.

ابن زرقون: اختلف قول ابن الماجِشُون، مرة قال هذا، ومرة يضرب مائة ويسجن عامًا في قتل المسلم، ولو كان عبدًا،

ويتحصل في قول العبد: دمي عند فلان أربعة أقوال؛ قول أشهب، وقول ابن القاسم، وروى أشهب مثل قوله، إلا أن مالكًا قال: إذا حلف المدعى عليه الأيمان لم يضرب ولم يسجن.

وقال أَصْبَغ: يحلف المدعى عليه خمسين يمينًا، فإن حلف برئ، وإن نكل لم يلزمه شيء لا قيمة ولا ضرب ولا سجن.

قال: ويتحصل في قول الذمي: دمي عند فلان المسلم، أو قام شاهد لولاته بالقتل أربعة أقوال:

أحدها لابن حبيب عن ابن القاسم: يحلفون يمينًا واحدة، ويستحقون الدية.

وقال مالك: وأشهب وابن عبد الحَكم: يحلف المدعى عليه خمسين يمينًا، ويبرأ.

وفرق ابن القاسم في الموازيَّة، فقال: إن لم يكن إلا قوله: دمي عند فلان، فلا قسامة فيه، وإن قام لولاته شاهد بالقتل حلف ولاته يمينًا واحدة، وأخذوا الدية، وضرب مائة، ويسجن سنة.

وحكى ابن رُشْد عن المغيرة: أن ولاته يقسمون يمينًا ويستحقون ديته الدية.

وقال مالك وأشهب، وابن عبد الحَكم: يحلف المدعى عليه خمسين يمينًا ويبرأ.

وفرق ابن القاسم في الموازيَّة لو أن نصرانيًّا جرح فأقام أيامًا، ثم مات حلف ورثته يمينًا واجبة.

في الموازيَّة فقال: إن لم يكن إلا قوله: دمي عند فلان، فلا قسامة فيه، وهذا مع الشاهد الواحد، وهو غريب.

الشَّيخ: لابن القاسم في الموازيَّة: لو أن نصرانيًّا جرح فأقام أيامًا ثم مات؛ حلف ورثته يمينًا واحدة لمات من جرحه أو من ضربه، إن كان ضربه، واستحق ديته وكذلك العبد.

اللخمي: إن ثبت جرحه بشاهدين فنزي فيه فمات بعد أيام، فقال ابن عبد الحَكم: يحلف ولاته يمينًا واحدة، ويستحقون ديته.

قُلتُ: وهو نص النوادر.

قُلتُ: زاد في الواضحة: فإن نكل وليه، لم يكن له إلا عقل الجرح، إن كان فيه عقل، رواه أَصْبَغ عن ابن القاسم، وقال: قاله مالك.

باب في اللوث

اللوث: سمع القرينان، هو الأمر الذي ليس بالقوي[1].

(1) قال الرَّصاع: ظاهر كلام الشَّيخ: أنه ارتضى هذا التعريف، والأمر جنس اللوث وأطلقه على القرائن الظاهرة الداله على القتل.

وفيها مع غيرها: قول الميت بالغًا عاقلًا مسلمًا حرًا، ولو كان مسخوطًا أو امرأة: قتلني فلان، ولو كان صبيًا أو عبدًا أو ذميًا أو امرأة عمدًا لوث.

=

قوله: (الذي ليس بالقوي) أخرج به البينة والإقرار فإنهما أمران قويان.

(فإن قلت): إذا كان لوثان هل ذلك لوث أقوى من اللوث.

قُلتُ: يصدق عليهما أنهما ليسا بأمر قوي.

قال الشَّيخ ﷺ: بعد الروايات واضحة بأن تعدد اللوث لوث لا شهادة.

(فإن قلت): قد ذكر بعد أن اللوث اللطخ البين؛ مثل اللفيف من النساء والصبيان فهل هذا يخالف قول القرينين في قولهما الذي ليس بالقوي.

قُلتُ: يظهر أنه لا يخالفه؛ لأن اللطخ البين أي: الواضح في كونه لطخًا.

(فإن قلت): قال فيها إذا وجد القتيل بمحلة قوم؛ فليس بلوث ويصدق فيه أنه ليس بأمر قوي فيكون الرسم غير مطرد.

(قلت): مسألة المدَوَّنة تأولها ابن يونس، وقيدها بها إذا لم يكن معه رجل ملطخ وبيده آلة، وفيها وفي نظيرها خلاف، والتعريف للماهية المطلقة، وانظر فيها كلام ابن سهل وما نقل من العمل، وكلام خليل وعياض وكلام الشَّيخ بعد، وما وقع لابن يونس.

(فإن قلت): اللوث المعروف هو لوث مقيد، وهو لوث القتل وحده أعم؛ فيلزم عدم طرده.

قُلتُ: للمانع أن يمنع أن المحدود اللوث المقيد؛ بل الظاهر إطلاقه من غير قيد، وإذا علم ذلك الأعم علم اللوث المقيد؛ لأنه إذا عرف الإنسان علمنا ماهية المرأة والرجل.

(فإن قلت): عبارة ابن الحاجب في قوله: ما دل على قتل القاتل بأمر بين ما لم يكن بإقرار أو كمال بينة فيه أو في نفيه؛ تدل على أن المراد باللوث لوث خاص، وهو الموجب للقسامة في الدم.

(قلت): هو الصواب؛ لأن اللوث الشرعي صار لقبًا على ذلك وهو الظاهر، والسياق يقيد ما ذكر وإن وقع في السرقة وما شابهها إطلاق اللطخ واللوث، لكنه مقيد لا مطلق.

(فإن قلت): زيادات قود ابن الحاجب لم يتعرض لها الشَّيخ: ولم يذكرها في رسمه.

(قلت): أما قوله قتل فقد تقدم ما فيه، وإن صوابه التقييد ليكون الرسم مطردًا.

وقوله: بأمر بين هذا قريب مما قدمنا في قول مُطَرِّف، وجمعنا بينه وبين رسم القرينين.

قوله: ما لم يكن بإقرار أو كمال بينة لم يزده الشَّيخ ولا يحتاج إليه في رسمه؛ لأنه قال الأمر الذي ليس بالقوي، ومعناه الأمر الدال على القتل دلالة ليست قوية، فلا تدخل الشهادة والإقرار؛ لأنهما قويان.

قوله: فيه أو في نفيه هذا قد اعترضه، ورأى أنه غير محتاج إليه فانظره، وترتيب الشَّيخ حسن فإنه قد عرف اللوث بعد سبب القسامة؛ لأن سبب القسامة مركب من أمور أحدها اللوث ويرجع ذلك إلى المظنة المشار إليها، والله سبحانه الموفق بفضله ومنه، وهو حسبي ونعم الوكيل.

وفيها: إن قال المقتول: دمي عند فلان، فذكر رجلًا أورع أهل زمانه؛ أقسم مع قوله.

ابن حارث: إن رمى بدمه متهمًا مسترابًا، أقسم بقوله اتفاقًا، وقتل المرمي، وإن رمى بذلك أصلح أهل بلده ممن لا يتهم، فأكثر أصحاب مالك على قبول قوله، ويقسم ورثته ويقتلونه.

وقال ابن عبد الحَكَم: لا أقول في ذلك بقول ابن القاسم، ولا أرى قبول قوله.

قال ابن سهل: ترك يحيى بن عبيد الله العمل بقول ابن القاسم وغيره، في هذا وصار إلى قول ابن عبد الحَكَم، وكثير من مسائله على غير مذهب مالك وأصحابه؛ لأن تتمته على محمد ابن إدريسي الشافعي في كثير من مسائله.

وقال اللخمي: قول ابن عبد الحَكَم صواب.

قال: واختلف إن قال ذلك على عدوه، وفيه شبهة، فيصح أن يقبل؛ لأن عدو الإنسان يفعل ذلك بعدوه، ويصح أن يقال: لا يقسم لتهمته إذا نزل ذلك به أن يستشفي من عدوه.

وفي اختصار الحريرية، وقال عبد الرحمن بن أحمد بن بقي بن مخلد: أنه متوقف عن القول في التدميات.

قُلتُ: ففي إعمال قول الميت: دمي عند فلان مطلقًا ولغوه، ثالثها: ما لم يدعه على من لا يليق به لفضله، وصلاحه لمالك وأصحابه، وعبد الرحمن بن بقي، وابن عبد الحَكَم مع يحيى بن عبيد الله.

وظاهر المذهب أن الزوجة في تدميتها على زوجها كالأجنبية.

ولابن هشام وابن عات، عن ابن أبي زَمَنَيْن عن المغامر عن ابن مزين: إن دمت المرأة على زوجها، لم يكن عليه قود؛ لإذن الله له في ضربها.

وقال ﷺ: **«ادرأوا الحدود بالشبهات»**[1]. قال ابن مزين: هذا الذي تعلمناه من

---

(1) أخرجه ابن عساكر في تاريخه مرسلا: 68/199.

وأخرجه الترمذي: رقم (1424) في الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، بلفظ: عن عائشة قالت:

شُيُوخنا.

قُلتُ: وفي شرط إعمال قوله: قتلني فلان بظهور أثر الضرب به اضطراب.

اللخمي: اختلف إن قال قتلني عمدًا، ولا جراح به وأبين ذلك، أن لا يقسم مع قوله إلا أن يعلم أنه كان بينهما قتال، ويلزم الفراش عقب ذلك أو يتصرف تصرف متشك عليه دليل المرض، وتمادى به ذلك حتى مات.

قُلتُ: في آخر سماع عيسى، سئل ابن كنانة عمن قال لرجال: اشهدوا أن فلانًا سقاه سمًا، وهو في جوفي إن مت فدمي عنده.

قال: لا قسامة في مثل هذا إلا في الضرب المشهود عليه، أو الآثار البينة من الجراح والضرب.

ابن رُشْد: هذا خلاف نص سماع أبي زيد.

ابن القاسم: ودليل قوله في رسم أول عبد ابتاعه من سماع يحيى.

وقول ابن كنانة: إلا في الضرب المشهود عليه بذلك؛ يريد: الضرب الذي يثبت بالشهادة، فلو شهد على قوله شاهد واحد أنه ضربه فمات من ضربه، ولم يظهر به أثر منه، أو أنه سقاه سمًا فمات منه، ولم يظهر لذلك أثر فيمن أصابه منه؛ لم تجب به قسامة كما لا تجب بذلك مع قول المقتول.

وقال أَصْبَغ: تجب القسامة في ذلك مع قول المقتول، كما تجب فيه مع الشاهد الواحد.

فاحتجاج أَصْبَغ لا يلزم ابن كنانة؛ وإنما يلزم ذلك من يفرق بين الوجهين؛ فيتحصل ثلاثة أقوال:

أحدها: لا تجب إن لم يكن بالمقتول أثر لا بشاهد واحد، ولا بقول المقتول، وهو قول ابن كنانة.

قال رسول الله ﷺ: ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة.

والثاني: ثبوتها فيهما معًا، وهو قول أَصْبَغ.

والثالث: تجب مع الشاهد الواحد لا مع قول المقتول، وإذا أعملت التدمية دون أثر؛ فإنما تعمل بعد موته في إيجاب قتل المدعى عليه بالقسامة، وأما في حياته؛ فلا يسجن المدعى عليه؛ لأنه يتهم على أنه أراد سجنه بدعواه.

وقول ابن كنانة أظهر من قول ابن القاسم؛ للاختلاف في أصل المذهب، إذ لم يتابع مالكًا على قوله بإيجاب القود إلا أصحابه.

قُلتُ: في قوله هذا خلاف نص سماع أبي زيد نظر وهذا؛ لأن الخلاف إنما هو في التدمية التي لا يعلم فيها سبب حسي يستند إليه قول المدمي، ولذا قيل فيها التدمية البيضاء.

وسماع أبي زيد هو قوله، وعن رجل ركض رجلًا برجله في البطن، فمكث أيامًا، فزعم أنه يجد من الركضة على فؤاده أمرًا شديدًا -قال: يخوف ويذكر الله، فإن أصر وقال: والله ما زلت من يوم ركضني بشر، وما قتلني إلا ركضه -أقسموا معه واستحقوا دمه، إن كان مضطجعًا من يوم ركضه حتى مات، وإن لم يضطجع إذا رأي به ضرر ذلك، وشبهه كان بمنزلة الاضطجاع.

قُلتُ: وهذا كالنص في أن صورة المسألة أنه ثبت ركض الرجل إياه، وهذا سبب حسي يصح استناد قول المدمي له.

قُلتُ: ففي إعمال التدمية البيضاء ولغوها قولان لابن رُشْد عن أَصْبَغ، مع دليل سماع يحيى، ونقل ابن سهل عن عيسى بن دينار في تفسير ابن مزين، وأخذه ذلك من إطلاق الروايات.

وعن أَصْبَغ لقوله من قال: سقاني فلان سمًا ومنه أموت.

وقول ابن كنانة، مع اختيار اللخمي وابن رُشْد، وبه العمل، وتقدمت حكاية اللؤلؤي في مسألة الأيمان اللازمة.

وفي إعمال قوله: دمي عند فلان خطئًا روايتان لها، وللخمي عن محمد قائلًا لتهمته أنه أراد إغناء وارثه، وإلى قبوله رجع مالك، كذا نقله الباجي والمشهور الأولى.

قال اللخمي: وهي أحسن، إن كان جرحًا إلا أن يقوم دليل على كذبه.

قُلتُ: هذا يختلف فيه.

وفيها: إن قال: دمي عند فلان عمدًا أو خطأ، فلأوليائه أن يقسموا ويقتلوا في العمد، ويأخذ الدية في الخطأ، وليس لهم أن يقسموا على خلاف ما قال الشَّيخ عن.

في الموازيَّة: إن ادعى الورثة خلاف قول الميت؛ فلا قسامة لهم، ولا دية ولا دم ولا لهم أن يرجعوا إلى قول الميت، هذا قول أشهب في المجموعة، وقال: قال ابن القاسم.

فيها: إن ادعوا خلافه، فليس لهم أن يقسموا إلا على قوله، ولم أسمعه من مالك.

وفيها: وإن قال: قتلني ولم يقل عمدًا ولا خطأ، فما ادعاه ولاة الدم من عمد أو خطأ، أقسموا عليه واستحقوه.

ابن حارث: قال ابن عبد الحكم: روي عن ابن القاسم في المجالس أحسن من هذا أن قوله باطل.

اللخمي: اختلف في ذلك، فذكر قول ابن القاسم هذا.

قال: ولمحمد عنه في كتاب القسمة، قيل لابن القاسم: إن اجتمع ملؤهم على العمد فوقف.

وقال: أحب إليَّ أن لا يقسموا إلا على الخطأ.

وقال: في الإقرار يكشف عن حال المقتول وجراحه وموضعه، وحالة القتل، وهل كان بينهما عداوة، فيستدل بذلك حتى يظهر أمره، فيقسموا عليه، فإن لم يظهر عمد ولا خطأ، لم يلتفت إليه.

اللخمي: وهذا أحسن.

وتعداد الضربات يدل على العمد: وفيها: إن قال بعضهم: عمدًا وبعضهم: خطأ. فإن حلفوا كلهم استحقوا دية الخطأ بينهم بطل القتل، وإن نكل مدعو الخطأ فليس لمدعي العمد أن يقسموا ولا دم لهم ولا دية.

اللخمي: لأشهب في الموازيَّة: إن حلف جميعهم، فلمن أقسم على الخطأ حظه على

العاقلة، ولمن أقسم على العمد حظه من مال القاتل.

اللخمي: وهو أحسن وينبغي أن يكون حظهم من الأقل من الأرباع خمسًا وعشرين من كل صنف.

ولمالك في كتاب الإقرار يقسم مدعو: الخطأ خمسين يمينًا، ويكون لهم حظهم من الدية، كما لو قال بعضهم خطأ، ونكل بعضهم، فإن رجع الذين قالوا عمدًا إلى دية الخطأ، فذلك لهم، وأباه أشهب وهو أحسن، وكل هذا إن استوت منازلهم، واختلف إن اختلفت.

ففي الموازيَّة: إن ترك ابنة وعصبة، فقال: العصبة عمدًا والابنة خطأ سقط دمه، ولا قسامة فيه؛ لأنه إن كان عمدًا، فإنما ذلك للعصبة، ولم يثبت لهم ذلك الميت، وإن كان خطأ؛ فإنما فيه الدية، ولم يثبت أنه كان خطأ، ويقسم المدعى عليه ما قتله عمدًا ويجوز دمه.

محمد: إن ادعى العصبة كلهم العمد، لم ينظر إلى قول ورثته من النساء؛ إذ لا عفو لهن مع الرجال.

وإن قال: العصبة كلهم خطأ، وقال: النساء عمدًا -أقسم العصبة خمسين يمينًا وثبت حظهم من الدية.

مالك: إن قال قتلني فلان خطأ أو عمدًا، لأوليائه أن يقسموا على قوله، ويأخذوا الدية في الخطأ، ويقتصوا في العمد.

وفيها: إن قال بعضهم عمدًا، وقال بعضهم: لا علم لنا بمن قتله ولا نحلف، فإن دمه يطل.

اللخمي عن ابن القاسم في العتبيَّة: لو قال اثنان قتل عمدًا، وقال بعضهم لا علم لنا، أو قال جميعهم عمدًا، ونكل بعضهم أن لمن قال عمدًا أن يحلفوا ويستحقوا حظهم من الدية.

قال: وإنما نكولهم عن القسامة قبل أن يجب الدم كعفوهم عنه بعد أن وجب فيصير لمن بقي حظه من الدية ويسقط القتل، وهو أحسن ولا يسقط قول مدعي العمد

بخلاف من قال: لا علم لنا، ومتى سقط استحقاق الدم بنكول أو اختلاف، فإن الأيمان ترد، ويحلف المدعي عليه القتل.

وفيها: إن قال بعضهم خطأ، وقال الباقون لا علم لنا، أو نكلوا عن اليمين - حلف مدعو الخطأ وأخذوا حظهم من الدية، ولا شيء للآخرين، ثم إن أراد الآخرون أن يحلفوا بعد نكولهم، ويأخذوا حظهم من الدية، لم يكن لهم ذلك.

ولفظها في الجلاب: حلف مدعو الخطأ خمسين يمينًا، واستحقوا حظهم من الدية.

ابن شاس: وقال الشَّيخ أبو بكر: القياس أن لا يقسموا.

وسمع يحيى ابن القاسم: من قال دمي عند أبي أقسم على قوله، ولم يقد منه وغلظت الدية في مال الأب.

قال: ولو قال: أضجعني أبي فذبحني أو بقر بطني، أقسم بقوله، وقتل الأب إن شاء الأولياء.

قال أشهب: لا يقتل في العمد والد ولا والده بالقسامة، وأرى ذلك مالًا، وقد رأى أهل العلم- قتل عشرة بواحد، ولم يروا أن يقتلوا في القسامة عشرًا.

ابن حارث: اتفقوا على أنه إن شهد شاهدان أن فلانًا جرح فلانًا، أو ضربه فعاش المجروح أو المضروب، وأكل وشرب، ثم مات؛ أن لورثته أن يقسموا ويستحقوا دمه ما لم ينفذ الجرح مقاتله، فإن أنفذها، فلا قسامة فيه، وهو كالمقتول قعصًا، وإن لم ينفذ مقاتله، وشهد به شاهد واحد فقط.

فقال ابن القاسم في كتاب الديات: لورثته القسامة.

وقال في العتبيَّة: لا قسامة فيه.

وقال سَحنون: هذا أصل تنازعه الرواة، قال بعضهم: يقسم به، وقال بعضهم: لا يقسم به، وأن يقسم به أحسن.

قُلتُ: ما نقله عن العتبيَّة هو سماع يحيى ابن القاسم، قال فيه ابن رُشْد: هذا خلاف نص قوله في المدَوَّنة، وفي نوازل سَحنون، فعلى القول بالقسامة فيه يحلفون لقد جرحه ولقد مات من جرحه، ولا يحلفون مع الشاهدين على الجرح إلا لقد مات من ذلك

الجرح، ومع الشاهد على القتل، فيحلفون لقد قتله، فتفترق الثلاثة الأوجه من صفة الأيمان.

ولما ذكر ابن عبد السلام القولين في القسامة بشهادة الواحد بالجرح أو الضرب قال: وإذا مكناهم من ذلك، فهل يكتفي بخمسين يمينًا، لقد ضربه ولمات من ضربه أو يحلفون يمينًا واحدة لقد ضربه، ثم يحلفون خمسين يمينًا لمات من ضربه؟.

وقد يجري على الحقوق المالية في الاستحقاق بشاهد واحد، هل يجمع في يمينه بين فصلي تصحيح شهادة الشاهد، وفصل الاستحقاق، أو يحلف لكل واحد من الفصلين يمينًا مستقلة؟ في ذلك نظر.

قُلتُ: ظاهر كلام ابن رُشْد أو نصه؛ أنه يحلف على الجرح والموت منه في كل يمين من الخمسين.

وقوله: وقد يجري على الحقوق المالية يقتضي أن الحكم فيها عنده واضح، فقوله أخيرًا فيه نظر خلاف ذلك.

وفي ترجمة جامع الدعاوي من ابن سهل: من قام له شاهد واحد باستحقاق شيء، حلف مع شاهده إن حقي لحق، وحلف ما باع ولا وهب ولا خرج من يده بوجه، فجعل عليه يمينين.

قاله ابن حبيب عن مُطَرِّف وأَصْبَغ.

وفي رسم الرهون من كتاب الرهون من العتبيَّة مثله، والذي جرى به العمل جمع الدعاوي في اليمين الواحدة.

وكان شيخنا ابن عتاب يقول: من وجبت عليه يمين في دعوى وردت عليه يمين، فلا بد له من يمينين، وحكاه عن شيخه أبي المُطَرِّف وغيره من الشُيُوخ، وخالفه في ذلك أبو عمر بن القطان.

وقال ابن رُشْد في السماع المذكور: ويختلف في القسامة مع الشاهد الواحد على إقرار القاتل بالقتل عمدًا.

قال أشهب: في ذلك القسامة.

ولابن القاسم في الموازيَّة: لا قسامة، ومثله في آخر سمَاع سَحنون، وهو ظاهر المدَوَّنة، وأصلح سَحنون ما فيها ورده لمثل قول أشهب؛ لأن ابن القاسم قال فيها: وهذا عندي مخالف للدم، زاد سَحنون في ذلك دم الخطأ على وجه التفسير، وهو خلاف نصه في الموازيَّة في إقراره بالقتل عمدًا، وإذا قاله في العمد فأحرى في الخطأ.

واختلف قوله أيضًا في القسامة مع الشاهد الواحد على إقرار القاتل بقتل خطأ في سمَاع سَحنون، وإذا قاله في الخطأ فأحرى أن يقوله في العمد، ففي إيجاب القسامة فيهما، ثالثها: الفرق بين العمد والخطأ، وإليه ذهب سَحنون، وعليه أصلح المدَوَّنة، وهو أظهر الأقوال.

وأما القسامة مع الشاهد على القتل أو الشاهدين على الجرح أو على قول المقتول: دمي عند فلان فثابتة في المذهب اتفاقًا، وفي آخر دياتها إن شهد رجل أن فلانًا قتل فلانًا بالسيف، وقال آخر إنه قتله بحجر -فذلك باطل، ولا يقسم بذلك.

الصقلي عن سَحنون: هذا إن ادعى الولي بشهادتهما معًا وإن ادعى بشهادة أحدهما، ففيه القسامة مع ذلك الشاهد.

قُلتُ: ولا يبعد تخريج الخلاف في قيامه بهما من الشاذ في ضم الشهادتين المختلفتين في الأفعال، وقد تقدم تحصيلها.

ابن حارث: الشاهد الواحد العدل لوث اتفاقًا، والذي ليس بعدل.

قال ابن القاسم: ليس بلوث، وسمع أشهب أنه لوث.

قال ابن رُشْد: معناه في الشاهد المجهول الحال الذي لا يتوهم فيه جرحة، ولا عدالة؛ إذ من أهل العلم من يحمل الناس على العدالة حتى تعلم جرحته، وأما الذي يتوهم فيه الجرحة، فليس بلوث على مذهبه في هذا السماع؛ لقوله بعد هذا ليس العبد لوثا.

يريد: ولو كان عدلًا، وكذا الصبي على هذا السماع.

وقال في المرأة بعد هذا: إنها لوث.

وروى مُطَرِّف: إن اللوث اللطخ البين مثل اللفيف من النساء والسواد والصبيان.

قال مُطرِّف: وقتل بذلك عندنا بالمدينة.

قال مالك: ومثل الرجلين والنفر يشهدون على ذلك، وهم غير عدول، وليست رواية مُطَرِّف هذه بخلاف لرواية أشهب.

وقد روى ابن وَهْب: اللوث الشهادة غير القاطعة من شهادة النساء وشبهها قال: ومثل أن يرى المتهم بحذاء المقتول وقربه، وإن لم يكونوا رأوه حين أصابه.

قُلتُ: نقله الجلاب بلفظ: إن وجد قتيل، وبقربه رجل معه سيف، أو بيده شيء من آلة القتل، أو عليه شيء من دم المقتول، أو عليه أثر القتل؛ فهو لوث يوجب القسامة.

قال: وفي شهادة النساء روايتان.

قال ابن الحاجب ما نصه: وفي العدل بالجرح أو الضرب بمعاينة القتل دون ثبوت القتل قولان.

ابن هارون: أي دون القتل بشاهدين، وتقدم الخلاف العدل بالضرب أو الجرح.

قُلتُ: فألزمه التكرار.

قال: وإن كان بمعاينة القتيل والقسامة اتفاقًا.

قال: فقوله قولان وهم، وحمله ابن عبد السلام على أنه دون ثبوت موت المجروح، وهو باطل؛ لأنه يؤدي إلا إرثه، وتزويج زوجته دون ثبوت موته، وهو باطل.

قُلتُ: الأقرب حمله على معنى قول ابن شاس ما نصه فرع، إن لم يقم على الضرب والجرح إلا شاهد واحد.

فقال ابن القاسم: يقسم معه، وقال غيره: لا يقسم على ذلك، حتى يثبت أصل الجرح والضرب.

قُلتُ: لأنه يشبه تدمية بيضاء، ويؤيده ما علم من اختصار كلام ابن شاس.

اللخمي: وبالسماع المستفيض.

قال ابن القاسم: مثل ما لو أن رجلًا عدا على رجل في سوق علانية، مثل سوق

الأحد، وما أشبهه من كثرة الناس والغاشية، فقطع كل من حضر عليه الشهادة -فرأى من أرضى من أهل العلم، أن ذلك إذا كثر هذا، وتظاهر بمنزلة اللوث يجب معه القسامة.

أبو عمر: القول بأن الواحد لوث، وإن لم يكن عدلًا ضعيف لا يعمل به، ولا يعرج عليه، **والروايات** واضحة، بأن تعدد اللوث من حيث كونه لوثًا لا شهادة، لا يثبت موجبه دون قسامة.

وفي الموطأ: قال مالك في جماعة اقتتلوا فانكشفوا، وبينهم قتيل أو جريح، لا يدرى من فعل ذلك به -: أن أحسن ما سمعت في ذلك؛ أن فيه العقل على القوم الذين نازعوه، وإن كان القتيل والجريح من غير الفريقين، فعقله على الفريقين معًا.

وفيها: ليس فيمن قتل بين الصفين قسامة.

الجلاب: إن اقتتلت فئتان، ثم افترقتا عن قتيل، ففيها روايتان:

إحداهما: لا قود فيه وديته على الفئة التي نازعته، إن كان من أهل الفئة الأخرى، وإن كان من غيرهما فديته عليهما معًا.

والرواية الأخرى: أن وجوده بينهما لوث يوجب القسامة لولاته، فيقسمون على من ادعوا قتله، ويقتلونه به.

ولابن رُشْد في رسم الشجرة، من سماع ابن القاسم، قيل: في قوله: لا قسامة فيمن قتل بين الصفين؛ إنه لا قسامة فيه بحال لا بقول المقتول، ولا بشاهد على القتل، وهو رواية سَحنون عن ابن القاسم، في رسم الجواب من سماع عيسى.

وقيل معناه: لا قسامة بينهم بدعوى أولياء القتيل على الطائفة التي نازعت طائفته، ولو دمي القتيل على أحد أو شهد عليه بالقتل شاهد واحد؛ وجبت بذلك القسامة، وهو سماع عيسى ابن القاسم في رسم الجواب.

وقول الأخوين وأَصْبَغ وقول أشهب: لأن كونه بين الصفين؛ لم تزد دعواه إلا قوة.

ابن المواز: وإليه رجع ابن القاسم بعد أن قال: لا قسامة فيمن قتل بين الصفين

بدعوى المقتول ولا بشاهد، ويحتمل أن يريد بقوله: ولا بشاهد إذا كان الشاهد من طائفة المدمي؛ لأنه لا يجيز شهادة أحد من إحدى الطائفتين على أحدٍ من الأخرى، أو إذا كان من إحدى الطائفتين على ما حكاه ابن حبيب، إذا جرح أحد منهم، فعقل جرحه على الطائفة التي نازعته، ولا يقتص من أحد بقوله إلا أن يكون له شاهد على ذلك من غير الطائفتين، وأما مع شاهد من طائفة القاتل، فيجري ذلك على الخلاف في القسامة مع الشاهد غير العدل؛ وأما مع شاهدين من طائفة المقتول، فيجئ ذلك على الخلاف في القسامة مع الشاهد غير العدل، وأما مع شاهد من طائفة المقتول، فلا إشكال في عدم القسامة معه.

وقد قال محمد: قال ابن القاسم: لا قسامة فيمن قتل بين الصفين، بقول المقتول ولا بشاهد على القتل إنه خطأ؛ لأنه حمل قوله على ظاهره من أن القسامة لا تكون فيمن قتل بين الصفين بحال، وإن كان الشاهد الذي يشهد على القتل من غير الطائفتين وتأويل قوله أولى من تخطئته.

الباجي: إن كان القتيل من غير الطائفتين أو لم يعرف من أيهما هو -فعقله في أموالهما، ورواه محمد، ولو مشت إحدى الطائفتين إلى الأخرى بالسلاح، إلا منازلهم فقاتلوهم؛ ضمنت كل فرقة ما أصابت من الأخرى، رواه محمد.

وابن عبدوس قال: ولا تطل الزاحفة؛ لأن المزحوف إليهم لو شاءوا لم يقتلوهم واستردوا للسلطان.

قال غيره في المجموعة: هذا إن أمكن السلطان أن يحجز بينهم؛ فإن عاجلوهم ناشدوهم الله، فإن أبوا فالسيف ونحوه في المدَوَّنة.

وفي رسم الجواب من سماع عيسى قيل له: فإن كان القتيل الذي وجد بين الصفين؛ إنما كانوا قومًا يقاتلون على تأويل.

قال: فليس على الذين قتلوه قتل، وإن عرفوا ولا دية، وليس أهل التأويل كغيرهم.

ابن رُشْد: في الأثر من كتاب الجهاد في المدَوَّنة من قول ابن شهاب، ومثله روى

الأخوان: ومن أهل العلم من يرى أنه يقاد منه ويقتص منه، وهو قول أَصْبَغ وعطاء.

والخلاف في القصاص منه سواء تاب أو أخذ قبل توبته، ولا يقام عليه حد الحرابة، وإن أخذ قبل أن يتوب، ولا يؤخذ منه ما أخذ من مال، وإن كان موسرًا، إلا أن يوجد شيء بعينه بيده، فيرده إلى ربه.

أبو عمر: روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما: أنهما قضيا في قتيل الزحام بالدية في بيت المال.

وقال الزهري: هي على من حضره في جمعة أو غيرها، ولا شيء فيه عند مالك والشافعي.

وسمع عيسى ابن القاسم: من قتل إنسانًا في وسط الناس، فاتبعوه وهو هارب فاقتحم بيتًا، فدخل البيت بأثره، فإذا فيه ثلاثة نفر لا يدري أيهم هو إن حلف كل واحد منهم خمسين يمينًا ما قتله -كان العقل عليهم، وإن نكل أحدهم كان العقل عليه.

قيل: الدية عليهم بقسامة أو دونها، وإن نكل أحدهم أيقسم عليه أم لا؟.

قال: بل تكون الدية عليهم بغير قسامة.

ابن رُشْد: إن حلفوا كلهم، أو نكلوا كلهم؛ فالدية على جميعهم، وإن نكل بعضهم فهي على من نكل، كان واحدًا أو أكثر، ولا يمين في شيء من ذلك على أولياء القتيل، وإيجاب القسامة على كل واحد منهم، هو على ما تقدم في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم، في أن المتهم بالدم يستحلف خمسين يومًا؛ لأن كل واحد منهم متهم بالدم، هذا مذهب ابن القاسم في هذه المسألة.

وقال سَحنون: لا شيء عليهم، وشهادة البينة أنهم رأوه دخل فيهم، ولا يعرفونه بعينه باطل.

وفيها: إن وجد قتيل في قرية قوم، أو في دارهم ولا يدرون من قتله، لم يؤخذ به أحد، وتبطل ديته، ولا تكون في بيت مال ولا غيره.

الصقلي: يريد إن لم يوجد معه أحد، ولو وجد في دار ومعه رجل، وعليه أثر قتله قتل به مع القسامة.

ابن رُشْد في المقدمات: لو وقع مثل قضية حويصة ومحيصة في زماننا؛ لوجب

الحكم به، ولم يصح أن يعدى إلى غيره.

وفيها: ويمين القسامة على البت، وإن كان أحدهم أعمى أو غائبًا حين القتل، ومثله في الموازيَّة وغيرها.

قال سَحنون في المجموعة: لأن العلم يحصل بالخبر والسماع، كما يحصل بالمعاينة؛ ولأنه ﷺ عرضها على من لم يحضر القتل.

قُلتُ: وإنما يحلف ولاة الدم في الخطأ على قدر مواريثهم من الميت.

اللخمي: ويحلفها الواحد؛ إن كان هو المستحق للدية، كابن أو أخ أو ابن عم والصغير لا يحلف.

الشَّيخ في الموازيَّة: لو حلف أحد الكبيرين، ونكل الآخر، وثم صغير، فبلغ حلف بقدر حظه وأخذه، فإن انكسرت عليهم يمين بأجزاء مختلفة، ففي جبرها على ذي الأكثر منها، أو من الأيمان، ثالثها: على كل ذي كسر لها.

ولنقل ابن رُشْد غير معزو، ومع غيره عن الموطأ من رواية يحيى، خلاف رواية ابن القاسم وابن بكير، ونقل ابن الحاجب مع كافي أبي عمر، وقول ابن حارث: اتفقوا على أنها لا تجبر على كل واحد منهم، فتصير الأيمان أكثر من خمسين يقتضي نفي الثالث، وإن انكسرت بأجزاء متساوية، ففي وجوب تكميلها على كل ذي كسر، وحلف كل منهم منابه من قسم عددها السالم عن الكسر وباقيه، يقال لهم: عينوا منكم عددًا يحلف الباقي قولان، لابن القاسم، وابن رُشْد عن أشهب.

ابن رُشْد: مثل أن يكون الورثة ثلاث إخوة، فيجب على كل واحد ست عشر يمينًا وثلثا يمين.

فقال ابن القاسم: يجبر على كل واحد منهم الكسر الذي حلف في حظه، فيحلف كل منهم سبع عشرة يمينًا.

وقال أشهب: يحلف كل منهم ست عشرة يمينًا، ويقال لهم عينوا اثنين منكم يحلفان يمينًا يمينًا، فإن تشاحوا، فيمن يحلف ما بقي، فرأيت لابن كنانة: لا يجبر الإمام أحدا منهم، ويقال له: لا تعطوا شيئًا إلا أن تحلفوا بقية الأيمان، ويشبه أن يقول أشهب

مثل هذا، أو يقرع بينهم فيها.

وقاله بعض أهل النظر، وساقه على قول ابن القاسم، ولا يصح إلا على قول أشهب.

وفيها: إن لزم واحدًا نصف اليمين، وآخر ثلثها، وآخر سدسها؛ حلفها صاحب النصف، فصورت فبنت وزوج وأم وعاصب، ولا يستحق الدية إلا بحلف خمسين يمينًا، فلو تعذر بعض الورثة، لغيبة أو صغر، لم يستحق من حضر حظه إلا بحلف الخمسين، ومن بعده بقدر حظه.

فيها: إن لم يدع الميت إلا ابنة صغيرة بغير عصبة؛ حلفت خمسين يمينًا، وأخذت نصف الدية، وإن جاءت مع العصبة حلفت خمسة وعشرين يمينًا، والعصبة مثلها، وإن كانت بنت وابن غائب، لم تأخذ البنت ثلث الدية حتى تحلف خمسين يمينًا، فإذا قدم الابن الغائب، حلف ثلثي الأيمان، وأخذ ثلثي الدية.

وسمع عيسى: من أقسمت خمسين يمينًا، وأخذت حظها من دية الخطأ، ثم نزعت وردت ما أخذت، ثم أتت أخت لها؛ فإنما يحلف بقدر حظها؛ لأن يمين الأولى حكم مضى، وفي المقدمات والبيان: إن نكلوا عن الأيمان أو بعضهم، ففيه خمسة أقوال:

الأول: رد الأيمان على العاقلة يحلفون كلهم، ولو كانوا عشرة آلاف، والقاتل كأحدهم فمن حلف، فلا غرم عليه، ومن نكل غرم ما يجب عليه، وهو أحد قولي ابن القاسم، وهو أصحها.

الثاني: يحلف من العاقلة خمسون رجلًا يمينًا يمينًا، فإن حلفوا برئت العاقلة من الدية كلها، وإن حلف بعضهم برئ، ولزم بقية العاقلة الدية كلها حتى يتموا خمسين يمينًا، وهو قول ابن القاسم الثاني.

والثالث: أنهم إن نكلوا، فلا حق لهم أو نكل بعضهم، فلا حق لمن نكل، ولا يمين على العاقلة؛ لأن الدية لم تجب لهم بعد إنما تجب بالفرض، قاله ابن الماجِشُون.

والرابع: أن اليمين ترجع على المدعى عليه وحده، إن حلف برئ، وإن نكل لم يلزم العاقلة بنكوله شيء؛ لأن العاقلة لا تحمل الإقرار، والنكول كالإقرار، وإنما هو

بنكوله شاهد على العاقلة، رواه ابن وَهْب.

والخامس: أن الأيمان ترد على العاقلة، إن حلفت برئت، وإن نكلت غرمت نصف الدية، قاله ربيعة على ما روي عن عمر في قضائه على السعديين.

وفيها: إن ادعى العمد، لم يقتل المدعى عليه إلا بقسامة رجلين فصاعدًا، فإن حلف معه آخر من ولاة الدم، ولم يكن مثله في القعدد قتل، وإلا ردت الأيمان على المدعى عليه، فإن حلف خمسين يمينًا برئ، وإن نكل حبس حتى يحلف.

وفي الموطأ: لا يقسم في قتل العمد من المدعيين إلا اثنان فصاعدًا، تردد الأيمان عليهما حتى يحلفا خمسين يمينًا، ثم قد استحقا الدم، وذلك الأمر عندنا، وفيه في الرجل يقتل عمدًا، أنه إذا قام عصبة المقتول أو مواليه، فقالوا: نحن نحلف، ونستحق دم صاحبنا بذلك لهم.

ابن رُشْد: الأصل في أن لا يقسم في العمد أقل من رجلين، قوله ﷺ: **«أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟»**(1) فجمعهم في الأيمان، ولم يفرد الأخ بها دون بني عمه.

قُلتُ: قاله أبو عمر قبلهم، مثله ابن رُشْد، ومن جهة المعنى، لما كان لا يقتل بأقل من شاهدين، لم يستحق دمه إلا بقسامة رجلين.

قال أشهب: قد جعل الله لكل شهادة رجل في الزنا يمينًا في الزوج في لعانه.

الباجي وغيره: إنما يقسم في العمد الرجال الأولياء، ومن له تعصيب.

وسمع يحيى ابن القاسم: إن لم يكن للقتيل عمدًا عصبة ولا وارث، أتقسم القبيلة التي هو منها، وهو معروف الانتماء إليهم يعقل معهم ويعقلون معه؟.

قال: لا قسامة لهم به، ولا لأحد إلا بوراثة لنسب ثابت أو لولاء ولا يقسم الموالي الأسفلون.

ابن رُشْد: لا أحفظ في هذا اختلافًا.

(1) أخرجه البخاري: 12/203 - 206 في الديات، باب القسامة، ومسلم: رقم (1669) في القسامة، باب القسامة.

وفيها: من لا عصابة له لا قسامة فيه، ولا يقتل فيه إلا ببينة.

الصقلي: لمحمد عن ابن القاسم: عدم من يحلف كنكول الأولياء في رد الأيمان على أولياء القاتل.

الشَّيخ: لابن حبيب عن الأخوين: من التقط لقيطًا فقتل بعد أن بلغ فرمى بدمه رجلًا فلا يقسم فيه ملتقطه، وترد الأيمان على المدعى عليه، فيحلف خمسين يمينًا، فإن حلف ضرب مائة ويسجن سنة، وإن نكل سجن أبدًا حتى يحلف أو يموت، وكذا من قتل من المسلمين أو العرب ولا عصبة له، وقاله ابن القاسم وابن نافع وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ.

وفيها: إن نكل ولاة الدم عن الأيمان، ردت على المدعى عليه، فإن حلف خمسين يمينًا، برئ وإن نكل حبس حتى يحلف.

اللخمي: وقال أشهب: إن نكل كانت عليه الدية، وأرى أن يخير الأولياء في حبسه أبدًا حتى يحلف، أو أخذه بالدية.

وفي المقدمات: إن نكل ولاة الدم والقسامة بقول المقتول، أو بشاهد على القتل؛ ففيه ثلاثة أقوال.

الأول: ردها على المدعى عليه يحلف خمسين يمينًا، أو يحلفها عنه رجلان فأكثر من ولاته إن طاعوا بذلك، ولا يحلف هو معهم، رواية سَحنون عن ابن القاسم ومحمد عنه.

الثاني: ردها على المدعى عليهم، يحلف منهم رجلان فأكثر خمسين يمينًا، ويحلف معهم المتهم، فإن نكلوا أو لم يوجد غير المتهم لم يبرأ حتى يحلف خمسين يمينًا وحده، قاله ابن القاسم في العتبيَّة.

والثالث: أن المدعى عليه يحلف وحده، ولا يكون له أن يستعين بأحد، قاله مُطَرِّف في الواضحة.

قُلتُ: ذكره ابن حارث رواية له، والشَّيخ قولًا له.

ورواية ابن رُشْد: وإن وجبت القسامة بشاهدين على الجرح؛ ففي رد الأيمان على القاتل قولان:

[illegible] ردها على المدعى عليه يحلف ما مات من ضربي، إن نكل سجن حتى يحلف، فإن حلف ضرب مائة وسجن سنة، وإن أقر قتل، قاله ابن القاسم وابن الماجِشُون.

وفي الموازيَّة: ويقتص منه في الجرح، إن نكل الأولياء عن القسامة حلف؛ يريد حلف المدعى عليه أو نكل؛ لأن الجرح ثبت بشاهدين، وإن كانت القسامة بشاهد على القتل، فلا يقتص من الجرح حلف القاتل خمسين يمينًا أو نكل؛ لأنه لا يقتص في الجراح إلا بيمين وارثه، قاله محمد، وهو صحيح.

وقد تأول على ابن القاسم: أنه يقتص منه، والجرح إذا كان جرحًا معروفًا، وهو بعيد، لم يقله ابن القاسم إلا في القسامة بشاهدين على الجرح.

قال محمد: وروى ابن القاسم قولًا: لم يصح عند غيره أنه إن ردت الأيمان على المدعى عليهم في العمد فنكلوا، فالعقل عليهم في مال الجاني خاصة، ويقتص منه من الجرح سوى العقل.

وروى عنه أيضًا: إن حلف ضرب مائة ويسجن سنة، وإن نكل حبس حتى يحلف ولا دية فيه، وهو الصواب.

[illegible] أن الأيمان لا ترد عليه ولا يحلف؛ لأن يمينه غموس، فعلى هذا القول إن أقر لم يقتل، وهو قول أشهب وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ.

وفي الموطأ معها: ليس للنساء في قتل العمد قسامة.

في المقدمات: إن كان ولاة الدم رجلين حلف كل منهما خمسة وعشرين يمينًا، ولو طاع أحدهما أن يحمل منهما أكثر من خمس وعشرين يمينًا، لم يجز ذلك.

قُلتُ: هو نقل الشَّيخ عن ابن القاسم في الموازيَّة.

ابن رُشْد: فإن كان الأولياء أكثر من اثنين إلى خمسين رجلًا، وهم في القعدد سواء وتشاحوا في حملها قسمت على عددهم، فإن وقع فيها كسر ككونهم عشرين فتبقى من الأيمان عشر، يقال لهم: لا سبيل لكم إلى الدم حتى تأتوا بعشرة منكم يحلفون ما بقي، فإن أبوا بطل الدم كنكولهم، فإن طاع اثنان فحمل الخمسين؛ جاز عند ابن القاسم.

وقال المغيرة وأشهب وابن الماجِشُون: لا بد أن يحلفوا كلهم، ومن لم يحلف منهم كنكوله، وإن زاد عددهم على خمسين، فاتفقوا على أنه إن حلف منهم خمسون أجزأتهم ورأيت لابن الماجِشُون أنه لا بد أن يحلف كل واحد منهم يمينًا يمينًا، وإلا لم يستحقوا الدم.

في كتاب مجهول قالًا: فإن كان ولي الدم الذي له العفو رجلًا واحدًا، فلا يستحقه بقسامة إلا أن يجد من العصبة والعشيرة من يقسم مع ممن يلقاه إلى أبٍ معروف، فإن وجد رجلًا معروفًا، حلف كل منهما خمسًا وعشرين يمينًا، وإن وجد أكثر من رجل، قسمت الأيمان على عددهم، فإن رضوا بحمل أكثر مما لم يجب عليهم لم يجز، وإن رضي هو بحمل أكثر مما يجب عليه، فذلك جائز مما بينه وبين خمس وعشرين، ولا يجوز له أن يحلف أكثر من ذلك،.

فإن كان أولياء الدم رجلين؛ فلهما أن يستعينا بغيرهما من الأولياء الذين دونهم في المرتبة، وتقسم الأيمان بينهم على عددهم، ولا يجوز أن يحمل المستعان بهم أكثر مما يجب عليهم، وإن رضي الوليان أن يحلف كل واحد منهم أكثر مما يجب عليه؛ جاز ما لم يحلف أحدهما أكثر من خمسة وعشرين، وإذا حلف كل من الوليين ما يجب عليه؛ جاز أن يحلف بعض المستعان بهم أكثر من بعض.

وإن حلف أحدهما خمسًا وعشرين يمينًا، ثم وجد صاحبه معينًا، فالأيمان التي حلف المستعان به لا تكون محسوبة للمستعين؛ بل تقسم بين الوليين، فإن لم تقسم بينهما وحسبت كلها للمستعين، فحلف ما بقي من الخمس والعشرين يمينًا، يزاد عليه حتى يستكمل نصف ما بقي من الخمسين يمينًا بعد الأيمان التي حلف المستعان به، قاله عبد الملك،وزاد.

قال: إلا أن يكون الأول حلف على إياس ممن يعينه، ورأى أن يحلف بغير معين، فلا يزاد شيء من الأيمان على المستعين، وتكون الأيمان التي حلف المستعان به محسوبة لا تقسم بينه وبين صاحبه.

وفيها: إن كان أولاد المقتول صغارًا أو كبارًا، فإن كان الكبار اثنين، فلهم أن

يقسموا ويقتلوا ولا ينتظروا بلوغ الصغير، وإن لم يكن إلا ولد كبير وصغير، فإن وجد الكبير رجلًا من ولاة الدم يحلف معه، وإن لم يكن ممن له العفو حلفا جميعًا خمسين يمينًا وكان للكبير أن يقتل.

ابن الحاجب: فإن كان واحدًا استعان بواحد من عصبته، ولا ينتظر الصغير إلا أن لا يوجد حالف، فيحلف نصفها.

قال ابن عبد السلام: يعني إن كان ولي الدم كبيرًا، ومعه في درجته صغير حلف الكبير، ويستعين بمن هو أبعد منه، ولا ينتظر بلوغ الصبي، وهذا هو المشهور، وتقدم الكلام على هذا المعنى.

قلتُ: يريد المشهور في عدم انتظار الصغير، لا في استعانة الولي الواحد.

قال ابن حارث: اتفقوا على أن له أن يستعين.

وقول ابن شاس: نكول المعين لغو واضح، لعدم استحقاقه ما يحلف عليه.

ابن رُشْد: إن نكل بعض الأولياء عن القسامة، وهم في القعدد سواء، أو عفا عن الدم قبلها؛ ففي سقوط الدم والدية أو الدم، ويحلف من بقي لأخذ حقه، ثالثها: هذا إن نكل على وجه العفو عن حقه، وإن نكل تحرجًا وتورعًا؛ حلف من بقي لابن القاسم مع ابن الماجِشُون، وأشهب وابن نافع.

اللخمي: إن نكل بعض الأولياء، وأكذب نفسه أو عفا والأولياء بنونًا أو بنو بنين أو إخوة أو أعمامًا أو بنو أعمام.

فقال مالك وابن القاسم: ترد الأيمان على القاتل، وليس لمن نكل أن يحلف.

ولمالك أيضًا: إن بقي اثنان، كان لهما أن يحلفا، ويستحقا حقهما من الدية.

اللخمي: وينبغي أن يكون ذلك لمن لم ينكل، وإن كان واحدًا يحلفه خمسين يمينًا؛ لأن الأمر عاد إلى الخطأ.

قال: واختلف عنه إن كان الأولياء أعمامًا، أو بني أعمام أو أبعد منهم من العصبة، فنكل بعضهم، فجعل فيهم الجواب مرة كالبنين.

وقال أيضًا: لمن لم ينكل إذا كانوا اثنين فصاعدًا أن يحلفوا، ويقتلوا؛ لأنه عنده لا عفو لهم إلا باجتماع البنين، والأول أبين، ولا فرق بين ذلك، إذا استووا في القعدد أم لا.

قُلتُ: في فهم تعليله إشكال، والروايتان حكاهما ابن الجلاب.

قال: وعلى رواية سقوط القود هل للباقين أن يحلفوا ويستحقوا حظهم من الدية يتخرج على روايتين:

إحداهما: لهم ذلك، والأخرى: لا قود لهم، ولا دية، وترد الأيمان على المدعى عليهم.

وسمع القرينان قيل: من قتل من له أولياء كثيرة، فعفا أحد الذين يجوز لهم العفو، فلا يكون إلى القتل سبيل وتجب الدية، قيل له: بالقسامة؟ قال: بالقسامة وغيرها، وكذا إن نكل أحدهم عن القسامة.

قال سَحنون: وقال ابن نافع: إن نكل على وجه التورع والتحرج، حلف من بقي وكانت له الدية، وهذا الذي أرى.

ابن رُشْد: في قول مالك: هذا إلباس، والظاهر أن مراده أن عفو الأولياء، وهم في القعدد سواء، يبطل القتل دون الدية، فإن كان العفو بعد القسامة، فلمن بقي حظهم من الدية.

واختلف الشُيُوخ في قول ابن نافع، فحمله بعضهم على التفسير لقول مالك وقال: لا خلاف في أن نكول الناكل إن لم يكن على وجه العفو والترك؛ بل تورعًا وتحرجًا، فلمن بقي أن يقسم ويقتل، ومنهم من حمله على الخلاف، وهو الأظهر.

وفرق ابن القاسم، فقال: إن كان قبل القسامة، بطل القتل والدية، ولم يكن لمن بقي من الأولياء أن يقسم، ويأخذ حظه من الدية، وإن كان بعدها بطل القتل، ولمن بقي حظه من الدية.

وابن الماجِشُون يسوي بين أن يكون العفو قبل القسامة أو بعدها، في بطلان الدية بكل حال، ولا يكون لمن بقي شيء من الدية، والنكول على القسامة عند جميعهم

كالعفو سواء كل على مذهبه، فهي ثلاثة أقوال.

ومن قول ابن القاسم في المَدَوَّنة: أن رجوع أحد الأولياء بعد القسامة، وتكذيبه نفسه؛ يبطل حق من بقي من الأولياء، كما إذا عفا أو نكل قبل القسامة.

ابن الحاجب: فإن نكل فثلاثة: الحبس حتى يحلف خمسين يمينًا وله أن يستعين والدية والحبس حتى يحلف أو يطول.

قُلتُ: الأول حكاه ابن حارث عن ابن الماجِشُون.

والثاني تقدم عزو ابن رُشْد إياه، لنقل محمد عن رواية لابن القاسم، لم تصح عند غيره.

والثالث: تقدم لابن الجلاب وتقدم لابن حارث، أنه يحلف ولا يستعين عن رواية مُطَرِّف.

الشَّيخ: روى محمد: إن اتهم بالدم جماعة حلف كل منهم خمسين يمينًا ولو كثروا، قال مع عبد الملك: لأن كل واحد عن نفسه يحلف إذ لعله الذي كان يقسم عليه، ومن حلف برئ إلا من ضرب مائة وسجن سنة، ومن نكل سجن حتى يحلف.

قال عبد الملك في المجموعة والموازيَّة والواضحة: ولكل منهم أن يستعين في أيمانه التي يحلف بمن شاء من عصبته.

ابن المواز: وقاله ربيعة ومالك.

قال عبد الملك: وإن كانوا كلهم من بطن واحد، فذلك لهم ولا ينقص رجل منهم من خمسين يمينًا، ولو كانوا من فخذ واحد، استعان بسبعة وأربعين منهم، فحلفوا معه، ولمن يحلف بعده من المتهمين أن يستعين بهم أنفسهم، وبالمتهم نفسه الذي حلف عنه، وكذا مع الثالث، وليس لهم أن يجمعوهم في واحد فيقولون: ما قتله فلان، ولا فلان ولا فلان، وليحلف الثلاثة الثلاثة الأيمان، ولا بد من تكريرهم الأيمان مع كل واحد منهم.

وموجبها: العقل في العمد، والدية في الخطأ، فإن انفرد المرمى عليه، وإن تعدد والموجب قتل.

فقال ابن حارث وغيره: قال مالك في موطئه: لا يقسم إلا على رجل واحد، ولا يقتل غيره، ولم تعلم قسامة قط كانت إلا على رجل واحد.

ولابن عبدوس: أن المغيرة يقول: يقتل الجماعة بالقسامة، وكذا كان في الدم الأول حتى كانت أيام معاوية وعليٍّ.

قال الباجي والصقلي: روى ابن القاسم في المجموعة: لا يقسم إلا على واحد بكل حال.

وقال أشهب: إن شاءوا أقسموا على واحد أو على اثنين أو أكثر، ثم لا يقتلون إلا واحدًا ممن أدخلوه في قسامتهم.

قُلتُ: ولسَحنون قول ثالث فيما حكاه ابن حارث.

قال: اختلفوا في ثلاثة احتملوا صخرة رموها على رجل قتلوه بها، وقام بذلك شاهد واحد.

فقال ابن القاسم: لا يقسم إلا على رجل واحد، وقال سَحنون: على جميعهم، وليس هذا من العمد الذي لا يقتل فيه بالقسامة إلا رجل واحد؛ إنما ذلك إن ضربوه واحد على الرأس، وآخر على البطن، وآخر على الظهر، هذا لا يقسم فيه إلا على واحد.

الباجي: وعلى الأول يقسمون لمات من ضربه لا من ضربهم، قاله محمد وابن عبدوس، وابن حبيب عن ابن القاسم.

وسمع عيسى ابن القاسم: من قدم للقتل بقسامة، فقال رجل: أنا قتلته، فقال ربيعة: يقتل هذا بالقسامة، والآخر بإقراره، ولا أخذ به لم يقتله اثنان؛ بل واحد فيقتلون أحدهما، ويتركون الآخر.

ابن رُشْد عن مالك، وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ، مثل قول ربيعة حكاه محمد عنهم، وعن ابن القاسم، مثل قوله في السماع.

محمد: وإذا قتل المقر، فقال ابن القاسم: مرة بقسامة، ومرة بغير قسامة، وأنكر الأول.

أَصْبَغ: وقيل ليس باختلاف، والأول على أنه كانت للمقتول حياة، والثاني على

أنها لم تكن؛ وإنما وجبت القسامة على غير المقر بشاهدين على الجرح أو بقول المقتول: دمي عند فلان، لقوله في رسم العتق بعد هذا: يقسمون على ذلك إن كانت حياة.

وفي رسم الصبرة من سماع يحيى: في نفر جرحوا رجلًا، فحمل مجروحًا فيموت، فتجب القسامة عليهم، أنهم لو أقروا أجمعون بقتله، لم يقتل واحد منهم حتى يقسموا على أيهم أحبوا فقط، فيقتلونه وليس لهم أن يقتلوا واحدًا بالقسامة، وسائرهم بالإقرار، قال: وكذا إن لم يقر منهم إلا واحد، لم يقتلوه حتى يقسموا عليه، ولا يقسموا على غيره ويقتلوا المقر بإقراره، ليس لهم أن يقسموا إلا على واحد منهم، فيقتلونه كما لو لم يقروا، فسواء على قول ابن القاسم: كان المقر بالقتل ممن وجبت عليهم القسامة، أو من غيرهم.

وكذلك قول ربيعة ومالك، ومن ذكر معه، وقاله المغيرة في المجموعة، وفرق سَحنون، فاختار قول المغيرة، ومن قال بقوله: إن كان المقر بالقتل ممن وجبت عليه القسامة.

وقال: ليس قول ابن القاسم هنا بشيء، فإذا أقروا جميعًا بالقتل قتلوا كلهم، كما قال المغيرة، وكذا إن أقروا إلا واحدًا قتلوا جميعًا بالإقرار، وأقسموا على المنكر، وقتلوه إن شاءوا، ولو لم يكن للمقتول حياة، فأقر القاتل أنه قتله قتلًا مجهزًا، قتل بغير قسامة اتفاقًا -كان المقر بالقتل ممن وجبت عليه القسامة بشاهد على القتل، أو من غيرهم، والفرق بين الموضعين بين.

ألا ترى أن من أقر أنه قتل رجلًا قتلًا مجهزًا، لا يقبل رجوعه، ومن أقر أنه جرح فلانًا، ومات من جرحه، ثم رجع عن إقراره يقبل رجوعه؛ لأنه يقول: كنت ظننت أنه مات من جرحي، ثم تحققت أنه لم يمت منه، وقبول رجوعه في هذا الموضع رواه محمد.

الشَّيخ: لابن حبيب عن أَصْبَغ: من رمى بدمه نفرًا، فأخذ أحدهم، فسجن وتغيب الباقون، وطلب الأولياء بقاءه حتى يجدوا من غاب فتختاروا من يقسمون عليه.

وقال المسجون: إما أقسمتم علي، وإما أطلقتموني، فذلك لهم ويستأنى به قدر ما

يطلبون، ويرجى الظفر بهم، ويتلوم لهم في ذلك، فإن تم التلوم، ولم يجدوا قيل للولاة: اقسموا على هذا واقتلوه، ثم ليس لكم على من وجدتم من الباقين إلا ضرب مائة وسجن سنة، وأن يحلف خمسين يمينًا، فإن نكل سجن حتى يحلف.

قال: ولهم صلح المسجون على مال، ثم لهم القسامة على من شاءوا من الباقين، ويسجن المصالح سنة بعد ضربه مائة.

قال عن ابن القاسم وأشهب في الموازيَّة والمجموعة: في ثلاثة حملوا صخرة أو خشبة ضربوا بها رأس رجل.

قال في الموازيَّة: أو ألقوها عليه فمات بعد أن عاش أيامًا، ليس لأوليائه أن يقسموا ويقتلوا إلا على واحد.

قال أشهب: كما لو أجافه كل واحد جائفة.

قُلتُ: قول أشهب هذا خلاف ما تقدم له من تخيير الأولياء في الحلف على أكثر من واحد إلا أن يقال: إنما حصر هنا في الواحد المجموع من الحلف مع القتل فتأمله.

ومن المجموعة والموازيَّة، قال مالك: إن قال: ضربني فلان وفلان وفلان وفلان منهم أنفذ مقاتلي لم يقسموا إلا عليه.

قال في الموازيَّة: وليس على الباقين ضرب ولا سجن، قاله مالك وعبد الملك، وابن عبد الحكم وأَصْبَغ، ومثله في سماع يحيى ابن القاسم، فيمن قال: فلان طعنني بالرمح، وفلان ضربني بالسيف، وأوضحني فلان، وخنقني فلان، من فعلهم أموت، قال: إن لم يرم بدمه واحدًا دون أصحابه، نظر لما جرحه به كل واحد فيمن أنفذ مقاتله منهم أقسموا عليه، فإن أنفذها أكثر من واحد أقسموا على من أحبوا منهم.

الشَّيخ: قال ابن القاسم في المجموعة: إن قال لهم: أقسموا على فلان، فليس لهم أن يقسموا على غيره لعلمهم بأشد ذلك عليه.

قُلتُ: ومثله سماع يحيى، ولم يزد فيه ابن رُشْد شيئًا.

الشَّيخ: عن ابن القاسم في المجموعة: إن قال ذلك في الخطأ، فالذي يقع في القلب أن لا يقبل منه، وليقسموا على جميعهم، ثم إن حمل ثلثه حظ من عافاه سقط عنه.

الشَّيخ: قال ابن القاسم في المجموعة، وفي سماع يحيى هو وأشهب: إن أقسموا على واحد من الجماعة، ثم أرادوا تركه، وأن يقسموا على غيره منهم، وزعموا أن جرحه كان على وليهم أشهد، وأنه شبه لهم أولًا، فليس ذلك لهم في الثاني والأول، إن تركوه على أن الآخر صاحبهم، وإبراء للأول، فليس لهم قتل الأول، وإن انتقلوا للثاني غضبًا عليه، وندمًا في تركهم له، ولم يبرئوا الأول، فلهم قتل الأول بقاسمتهم.

وفرق ابن القاسم فيها بين العمد والخطأ، قال: لأنهم في العمد لو أقسموا على جميعهم، لم يجب الدم على جميعهم، فهذا الذي قصدوه بالقسم عليه لا حجة له أن يقول: لا تقسموا علي دون أصحابي؛ لأنه يقال له: لا منفعة لك هنا هم إن أقسموا على جماعتكم وجب لهم دمك وفي الخطأ إن قصدوا واحدًا بالقسم عليه كانت له الحجة أن يمنعهم؛ لأنه يقول: الضرب منا جميعًا، والدية على قبائلنا.

قُلتُ: إنما يتقرر هذا على القول أن لا يقتل بالقسامة إلا واحد، وأن السؤال؛ إنما هو على تخصيص لفظ الحلف بواحد في العمد، وتعميمه في الخطأ، وإن كان السؤال عن تخصيص موجب القسامة، وهو القتل بواحد في العمد، وتعميم في الخطأ، وهو الغرم لم يتم الجواب، إلا بزيادة إمكان التوزيع على الجميع في موجب الخطأ، وهو الدية واستحالته في القتل.

فإن قيل: يلزم على قول المغيرة يقتل أزيد من واحد بالقسامة، وجوب دية على عاقلة كل واحد، رد بأن قتل الجماعة بالواحد مشروع، وعقل الواحد بأزيد من الدية لم يرد.

وقول ابن عبد السلام في فرق ابن القاسم بين، ولكنه لا يعم جميع الصور غير بين، وحقه أن يبين ما يبطل عمومه، وذكر ابن الحاجب هنا مسألة من أقر بقتل خطأ، وقد تقدمت.

قال في الجلاب: فيها أربع روايات:

الأولى: لا شيء عليه ولا على عاقلته.

والثانية: يقسم ولاة الدم ويستحقون الدية على عاقلته.

والثالثة: أن كل الدية في ماله.

والرابعة: فضمها عليه وعلى عاقلته، فما أصابه غرمه وما أصابها سقط.

وفيها: إن شهد شاهد على إقرار القاتل أنه قتله خطأ؛ فلا يثبت ذلك من إقراره إلا بشاهدين، فيقسموا حينئذ معهما بخلاف شاهد على إقراره بدين، هذا يحلف معه ويستحق حقه.

اللخمي: من قال في المقر بقتل الخطأ، إنه لو لم يرجع عن إقراره، أخذت الدية من ماله، فهو عند الجحود كمن اعترف بدين، ثم رجع، وعلى القول إنها على العاقلة بقسامة يصير كشاهد رجع عن شهادته، قبل أدائها تسقط، ولو شهد واحد على قول المقتول أن فلانًا قتله.

فقال محمد عن عبد الملك: يقسم معه، وقال ابن عبد الحَكم وغيره: لا يجوز على قول المقتول إلا شاهدان، وقاله ابن القاسم في العتبيَّة، قال: لأن الميت كشاهد فلا يثبت قوله إلا بشاهدين.

الصقلي: وبه قال محمد.

قُلتُ: ما نقله عن العتبيَّة هو سماعه سَحنون، قال فيه ابن رُشْد: لا إشكال فيه ولا خلاف.

قُلتُ: في عدم اطلاعه على قول عبد الملك بعد عن مقامه في الحفظ.

وفيها: لو شهد رجل على رجل أنه قتل فلانًا خطأ، وشهد آخر على إقرار القاتل بذلك؛ فلا يجب على العاقلة بذلك شيء إلا بالقسامة.

اللخمي: لا تضم الشهادتان وللأولياء أن يقسموا مع شهادة من عاين القتل.

عياض: قال ابن أبي زَمَنَيْن: إنما يقسمون مع شهادة من شهد بمعاينة القتل.

وقال غيره: لهم أن يقسموا مع شهادة الإقرار، ويأخذوا الدية من ماله، وفي جوابه إشكال عن السؤال؛ لأنه سأله عن شاهد واحد على الإقرار مع آخر على المعاينة، فأجابه على انفراده بشاهد المعاينة، وتمام شهادة الإقرار منفردة.

قال ابن أبي زَمَنَيْن: لم يعطنا فيها جوابًا بينًا، وبين المختصرين فيها خلاف، قال

بعضهم: لا يجب على العاقلة بذلك شيء إلا بالقسامة، وقال بعضهم: الشهادة جائزة.

عياض: ظاهر هذا تلفيقها دون قسامة، وهو خطأ لأنها في الإقرار بالخطأ شهادة على شهادة واحد في النقل لا يجوز، ولأن المقر في الخطأ شاهد على العاقلة، وهذا على أن الدية في إقرار الخطأ على العاقلة بقسامة، وهو أحد أقواله في كتاب الصلح من المدَوَّنة، وتقدم الكلام على ذلك، فعلى أنها على غير العاقلة يصلح تلفيق الشهادتين.

وفيها: لا قسامة في الجراح، ولكن من أقام شاهدًا عدلًا على جرح عمدًا أو خطأ، فليحلف معه يمينًا واحدة، ويقتص في العمد، ويأخذ العقل في الخطأ.

قيل لابن القاسم: لم قال مالك ذلك في جراح العمد، وليست بمال؟ قال: كلمت مالكًا في ذلك، فقال: إنه لشيء استحسناه وما سمعت فيه شيئًا، ومن لفظ ابن الحاجب في المسألة.

وقال مالك حين استشكل العمد: إنه لشيء استحسناه، فجوز ابن عبد السلام ضبط استشكل على أنه مبني للفاعل، والمستشكل مالك.

قُلتُ: وهو بعيد لا موجب لارتكابه، والأظهر أنه مبني لما لم يسم فاعله والمستشكل، هو سائل ابن القاسم، وهو أسد بن الفرات، وتقدم ذكر الخلاف في الشاهد الواحد في ذلك، وعلى الحلف معه إن نكل من قام به حلف الجارح، فإن نكل؛ قال ابن القاسم: حبس حتى يحلف.

الشَّيخ عن محمد: وقيل: ينقطع وتقدم نقل الجلاب: إن طال الحبس أطلق وعزوه ابن عبد السلام لابن القاسم لا أعرفه.

وفيها: قال مالك في نصراني قام على قتله شاهد واحد عدل مسلم يحلف، ولاته يمينًا واحدة، ويستحقون الدية على قاتله مسلمًا كان أو نصرانيًّا، ومثله في رسم أوصى من سماع عيسى من الجنايات، ومن سماع أشهب في الديات.

ابن سَحنون: رشد وقيل: دم النصراني لا يستحق بالشاهد واليمين، وهو قول أشهب، وظاهر سماع يحيى في الديات، وفيه قول ثالث: هو أن يحلف أولياؤه مع شاهدهم خمسين يمينًا، ويستحقون ديته، وهو قول المغيرة.

ولمالك في المدنيَّة، من رواية محمد بن يحيى السبائي: أنه يستحقه بغير يمين، وتقدم نقل كلام ابن زرقون في هذا وفي العبد.

وفيها: إن ضربت امرأة، فألقت جنينًا ميتًا، وقالت: دمي عند فلان، ففي المرأة القسامة، ولا شيء في الجنين إلا ببينة تثبت؛ لأنه كجرح من جراحها، ولا قسامة في الجرح ولا يثبت إلا ببينة أو شاهد عدل، فيحلف ولاته معه يمينًا واحدة ويستحقون ديته.

الصقلي: يريد يحلف كل واحد ممن يرث الغرة يمينًا أنه قتله.

وفيها: إن قالت: دمي عند فلان فخرج جنينها حيًّا فاستهل صارخًا، ثم مات ففي الأم القسامة، ولا قسامة في الولد؛ لأنها لو قالت: قتلني وقتل فلانًا معي لم يكن في فلان قسامة.

الصقلي: قال في الموازيَّة: إذ لا يجوز شهادتها لنفسها، ولا لزوجها إن كان أباه، ولا لإخوته إن كانوا ولدها.

وفي القسامة في فلان بقولها: وقتل فلانًا معي: قولا أشهب وابن القاسم، بناء على أن قول المرأة لوث أو لا، ولابن رُشْد في رسم أول عبد من سماع يحيى: من قال: دمي عند فلان أو فلان على وجه الشك تدميته ساقطة اتفاقًا، ولو رمى رجلًا، ثم دمى على غيره، وأبرأ الأخير أولًا، أو برأ بعض من دمى عليهم أو دمى على رجل، ثم دمى عليه مع غيره.

أو قيل له: من بك؟ فقال: لا أدري لأني كنت سكرانًا، ثم دمي على رجل ثم ففي بطلان تدميته في الجميع وصحتها، ثالثها: هذا في تدميته على رجل عليه مع غيره لسماع يحيى ابن القاسم مع أشهب، وابن الماجِشُون وأَصْبَغ، وأظهرها الأول.

[كتاب الجنايات(1)]

[باب البغي]

الجنايات: منها البغي، وهو الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمبايعته ولو تأولا(2).

(1) قال الرَّصاع: كتاب الجنايات الموجبة للعقوبات، قال غير الشَّيخ البغي والردة والزنا والقذف والسرقة والحرابة والشرب.
وقال الشَّيخ ﷺ: الجنايات منها البغي ثم ذكر بقيتها.
قُلتُ: الجنايات جمع جناية وصح الجمع في المصدر؛ لأن مفرده بالتاء فيصح جمعه، والأولى أن جمعه لاختلاف أنواعه؛ لأن التاء التي في الجناية مبني عليها المصدر فتعريفها باق على الدلالة على القليل والكثير، ولم يذكر الشَّيخ: تعريف الجناية العامة المشتركة بين ما ذكرنا من الأقسام، ويمكن أن يقال في تعريفها: فعل هو بحيث يوجب عقوبة فاعله بحد أو قتل أو قطع أو نفي.
(فإن قلت): قد ترجم في المدَوَّنة بكتاب الجنايات، ونقل عن الشَّيخ: أنه عرف ذلك بقوله: إتلاف ذي رق دمًا أو مالًا غير مأذون له في التصرف، فخصص ذلك بما ذكر، وترجمته هنا وترجمة غيره هي أعم مما عرف به.
(قلت): ترجمة المدَوَّنة لقب على جنايات العبيد وليس المراد هنا ذلك؛ بل الجناية الموجبة للعقوبات، وهي مغايرة لجناية العبيد؛ فلذلك عرفها بما يخصها.
(فإن قلت): هلا عرف الأعم من الجناية والأخص منها.
قُلتُ: الغالب في فعله ذلك، إنما هو إذا كان عموم وخصوص حقيقتين شرعيتين كالبيع الأعم والأخص وهذان حقيقتان بينهما عموم وخصوص من وجه؛ لأن الجنايات الموجبة للعقوبة هي المذكورة هنا والمترجم عليها فيها جنايات العبيد، وإن لم يقيدها؛ لأنه لقب عليها فيجتمعان في العبد إذا حارب ويصدق عليه كل من الجنايتين، وتختص جناية العبيد بخطأ العبيد، ولا يخفى ما تختص به الأخرى والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

(2) قال الرَّصاع: قوله: (الامتناع) البغي في اللغة هو العدا أو طلبه، قال: فبغى عليه وفي الشرع صير الشَّيخ: الجنس الامتناع من الطاعة.
قوله: (من طاعة) كالامتناع من امتثال أمر من إمام أو غيره.
قوله: (من ثبتت إمامته) أي انعقدت شرعًا فخرج به من لم تنعقد له إمامة، وعمم في انعقاد الإمامة بأي شيء تنعقد به ظاهره، ولو من رجل وفيه ما هو معلوم والصحيح صحة انعقاد ذلك برجل من

وقول ابن الحاجب: هو الخروج عن طاعة الإمام مغالبة تعقب باختصاصه بمن دخل في طاعته دون من امتنع منها وهم بغاة، ولذا قاتل عليٌّ أهل الشام، وبإطلاق طاعته في المعصية وغيرها، وليس هو في المعصية بقياس، ويجاب بأن مراده بالخروج عدم التلبس كقوله تعالى: ﴿إِنْ عُدْنَا فِي مِلَّتِكُم بَعْدَ إِذْ نَجَّىٰنَا ٱللَّهُ مِنْهَا﴾ [الأعراف: 89]، وبأنه من حيث أمره بالمعصية غير إمام، وحكم ثبوت الإمامة في علم الكلام والحديث، فالمتأول من كان فعله ذلك؛ لاعتقاده حقيقة قتاله الإمام واجب كأبي بكر في مانعي الزكاة، وعلي في أهل الشام.

الشَّيخ: لابن حبيب عن مالك وأصحابه: إذا امتنع أهل البغي، ولو كانوا ذوي بصائر، وتأويل لم ينبغ للإمام والمسلمين أن يدعوا الخروج عليهم حتى يردوهم إلى

=

أهل الحل والعقد، وكذلك يدخل فيه انعقاد الإمامة لرجلين متباعدي الأصقاع، انظره والله أعلم.

وقوله: (في غير معصية) أخرج به إذا أمره الإمام بمعصية فإن من امتنع من طاعته غير باغ، وفي غير معصية إما حال أو يتعلق بالامتناع.

قوله: (بمغالبة) أخرج به الامتناع من طاعته من غير مغالبة، فإنه لا يسمى بغيًا.

قوله: (ولو تأولا) وهو عطف على مقدر أي: الامتناع بمغالبة في كل حالة بغير تأويل أو بتأويل ليدخل فيه بغاة الشام والبصرة والحرورية، ثم قال: وقول ابن الحاجب هو الخروج عن طاعة الإمام مغالبة متعقب باختصاصه بمن دخل في طاعته، ثم خرج، وأما من امتنع من طاعته فلا يدخل في حده مع أنه باغ هذا معنى ما ذكر، وأجاب بأن مراده بالخروج عدم التأسي لقوله: إن عدنا في ملتكم.

(قلت): وهذا فيه تسامح في التعريف لا يخفى، قال: وتعقب بإطلاق الطاعة ظاهره في معصية أو غيرها ولا يسمى في المعصية بغيًا هذا اعتراض على طرده، والأول على عكسه وأجاب بأنه إذا أمر بالمعصية فهو غير إمام.

(قلت): وفي هذا بحث لا يخفى فإن معصيته لا توجب عزل الإمامة وإنما يوجب عزلها ردته على أصلنا، ويلزم على ما ذكر أن يستغني في حده عن قوله: في غير معصية؛ لأنه أثبت الإمامة مع المعصية، وحق الشَّيخ أن يزيد أو نائب الإمام كما أشار إليه ابن عبد السلام، ومن ثبت بغيه المذكور جاز قتاله وقتله، وهنا مسائل يحتاج إليها والله سبحانه الموفق للصواب لا رب غيره ولا معبود سواه.

الحق وحكم الإسلام، ولو قام على إمام من أراد إزالة ما بيده.

فقال الصقلي: روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: إن كان مثل عمر بن عبد العزيز، وجب على الناس الذب عنه، والقيام معه، وأما غيره فلا ودعه، وما يراد منه، ينتقم الله من ظالم بظالم، ثم ينتقم من كليهما.

وفي طرر ابن عات، قال يحيى بن يحيى: الصواب عدم الدخول في الفتنة، ونحوه حكي عن أصحاب مالك، ولم يخرج مالك يوم خرج ابن هرمز، ومحمد بن عجلان قال: (قلت لمالك: أنا رسول من ملكي بالأندلس إليك، عندنا رجال من أهل الفضل يكرههم الإمام علي من أهل الإسلام يرون بقرى قوي أهلها من السلطان، وقد نفذت أزوادهم ويجدون فيها طعامًا) تبين لما يرى في تزويدهم علي وما لهم.

قال: ما أتكلم في هذا بشيء، فأعاد الكلام فقال: كف عني، وإني لك ناصح.

وفي النوادر: وظاهر من الواضحة إذا امتنع أهل البغي، ولو كانوا متأولين من الإمام العدل، فله فيهم من رمي المجانيق، وقطع المير والماء عنهم، وإرسال الماء عليهم، فيغرقهم ما له في الكفار، ولو كان فيهم النساء والذرية، ولا يرميهم بالنار إلا أن يكون فيهم نساء ولا ذرية.

قال عبد الملك: إن أسر من الخوارج أسير، وقد انقطعت الحرب فلا يقتل، وإن كانت الحرب قائمة، فللإمام قتله، ولو كانوا جماعة إذا خاف أن يكون منهم ضرر، وعلى هذا يجري حكم التذفيف على الجريح، واتباع المنهزم، وقاله سَحنون.

قال ابن حبيب: نادى منادي علي بن أبي طالب في بعض من حاربه: أن لا يتبع مدبر ولا يجهز على جريح، ولا يقتل أسير، ثم كان موطن آخر في غيرهم، فأمر باتباع المدبر، وقتل الأسير، والإجهاز على الجريح فعوتب في ذلك.

فقال: هؤلاء لهم فئة ينحازون إليها، والأولون لم تكن لهم فئة.

قُلتُ: ونحوه ما ذكره بعض أرباب سير علي بن أبي طالب ﷺ: أنه لم يتبع المنهزمين يوم الجمل، ولا ذفف على الجرحى؛ لأنهم لم تكن لهم فئة، ولا إمام يرجعون إليه، واتبع المنهزمين يوم صفين؛ لأن لهم إمامًا وفئة.

الشَّيخ: عن كتاب ابن سَحنون: لا بأس أن يقتل الرجل في قتالهم أخاه، وقرابته مبارزة، وغير مبارزة، فأما الأب وحده، فلا أحب قتله تعمدًا، وكذا الأب الكافر، مثل الخارجي، وقال أَصْبَغ: يقتل فيها أباه وأخاه.

الشَّيخ: عن ابن حبيب: قال عبد الملك: ما أصاب الإمام من عسكر أهل البغي من كراع وسلاح، فإن كانت لهم فئة قائمة، فلا بأس أن يستعين به الإمام ومن معه على قتالهم، إن احتاجوا إليه، فإذا زالت الحرب رد لأهله، وغير السلاح والكراع توقف حتى ترد إليهم، وإن لم تكن لهم فئة قائمة، رد كل واحد من سلاح وغيرها، وكذا فعل علي رضي الله عنه.

الشَّيخ: عن ابن حبيب، عن ابن الماجِشُون وأَصْبَغ: إذا وضعت الحرب أوزارها، فإن كان أهل البغي ممن خرج على تأويل القرآن، كالخوارج وضعت عنهم الدماء، وكل ما أصابوه إلا ما وجد من مال يعرف بعينه يأخذه ربه.

وقال ابن حارث: كذا قال مالك وأصحابه جميعًا، فيما علمت إلا أَصْبَغ، فإن ابن حبيب ذكر عنه: أنه إنما يطرح عنهم عقوبة الإمام فقط، وحق الولي في القصاص قائم عليه، يقتل بمن قتل، ولم يقله غيره من أصحاب مالك.

قال الشَّيخ: عمن ذكر أولًا: وأما أهل العصبية أو أهل خلاف بلا تأويل، فالحكم فيهم القصاص، ورد المال قائمًا كان أو فائتًا، وفي آخر جهادها، والخوارج إذا خرجوا فأصابوا الدماء والأموال، ثم تابوا ورجعوا، وضعت الدماء عنهم، ويؤخذ منهم ما وجد بأيديهم من مال بعينه، وما استهلكوه لم يتبعوا به، وإن كانوا أملياء؛ لأنهم متأولون بخلاف المحاربين، لا يوضع عنهم من حقوق الناس شيء.

ابن شاس: إن ولى البغاة قاضيًا، أو أخذوا زكاة، أو أقاموا حقًّا.

فقال الأخوان: ينفذ ذلك كله.

وقال ابن القاسم: لا يجوز بحال.

وعن أَصْبَغ القولان، ونحوه لابن الحاجب.

قال ابن عبد السلام: ظاهر المذهب إمضاء ذلك، ونص في المدَوَّنة على أن ما

أخذوه من الزكاة يجزئ عن أربابها.

قُلتُ: للشيخ في ترجمة نصها في عزل القضاة، والنظر في أحكامهم.

قال ابن حبيب: قال مُطَرِّف في أحكام الخوارج: لا ينفذ حتى يثبت أصل الحق ببينة فيحكم به، فأما أحكام مجهولة، ويذكروا شهادة أهل العدل منهم، ذكروا أسماءهم أو لم يذكروا؛ فهي مردودة، وقال أَصْبَغ عن ابن القاسم مثله.

قال أَصْبَغ: أرى أقضيتهم كقضاة السوء فيما ذكرنا.

قال ابن حبيب: وقول ابن القاسم ومُطَرِّف أحب إلي.

وقال الأخوان: في الرجل يخالف على الإمام، ويغلب على بعض الكور، ويولي قاضيًا فيقضي، ثم يظهر عليه أقضية ماضية: إن كان عدلاً إلا خطئًا لا اختلاف فيه، وله في فصل قتال العصبة، وظاهره عن الواضحة: إن قاتل مع المتأولين أهل الذمة، وضع عنهم ما وضع عنهم، وردوا إلى ذمتهم.

وإن قاتلوا مع أهل العصبية المخالفين؛ للإمام العدل، فهو نقض لعهدهم يوجب استحلالهم، وإن كان السلطان غير عدل، وخافوا جوره واستعانوا بأهل العصبية؛ لم يكن ذلك منهم نقضًا.

قُلتُ: هذا إن خرجوا مع أهل العصبية طوعًا، وإن أكرهوهم، لم يكن لهم نفس خروجهم نقضًا لصحة تعلق الإكراه به، فإن قاتلوا معهم كان قتالهم نقضًا لعهدهم لامتناع تعلق الإكراه بقتال من لا يحل قتاله، ونزلت هذه المسألة بتونس أيام حصر الأمير أبي الحسن المريني بالقيروان، وقامت بغاة عليه بتونس وحصروا أقصبتها واستعانوا بأجناد النصارى، ثم قدر عليهم ورد إلى ذمتهم.

[باب الردة]

الردة: كفر بعد إسلام تقرر (1)، ويتقرر بالنطق بالشهادتين مع التزام أحكامها.

المتيطي: إن نطق الكافر بالشهادتين، ووقف على شرائع الإسلام وحدوده فالتزمها، تم إسلامه، وإن أبى من التزامها لم يقبل منه إسلامه، ولم يكره على التزامه وترك على دينه، ولا يعد مرتدًّا، إذ لم يوقف هذا الإسلامي على شرائع الإسلام، فالمشهور أنه يؤدب ويشدد عليه، فإن تمادى على إبايته ترك في لعنة الله، وقاله مالك وابن القاسم وغيرهما، وابن عبد الحكم وبه العمل والقضاء.

وقال أَصْبَغ: إذا شهد أن لا إله إلا الله، وأن محمدًا رسول الله ﷺ، ثم رجع قتل بعد استتابته، وإن لم يصل ولا صام.

[باب فيما تظهر به الردة]

ابن شاس: ظهور الردة، إما بالتصريح بالكفر، أو بلفظ يقتضيه أو بفعل يتضمنه(2).

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (كفر) سميت كفرًا لقوله ﷺ: «لا ترجعوا بعدي كفارًا».

وهو جنس للردة، ويقال الكفر أصلي وطارئ.

قوله: (بعد إسلام) أخرج به الكفر الأصلي.

قوله: (تقرر) معناه ثبت وحصل شرعًا، وتقرر الإسلام بالنطق بالشهادتين لا إله إلا الله محمد رسول الله مع التزام أحكامها فإن أقر بهما ولم يلتزم، فقال ابن القاسم: يترك في لعنة الله خلافًا لأَصْبَغ وأطلق في قوله تقرر ليدخل فيه كل قول تقرر فيه الإسلام عند قائله.

(2) قال الرَّصاع: قوله: (بلفظ يقتضيه) كإنكار غير حديث الإسلام وجوب ما علم من الدين ضرورة قوله: (أو فعل يقتضيه) كلبس الزنار وإلقاء المصحف في طريق النجاسة، أو السجود للصنم ونحو ذلك.

(فإن قلت): لأي شيء قال في الأول يقتضيه، وفي الثاني يتضمنه، وكل ذلك من باب الاستلزام.

(قلت): لم يظهر قوة تفريق في ذلك.

(قلت): وقوله أو إلقاء المصحف كأن يمر لنا، أنه وكذلك إذا رآه ملقى وتركه وهو قادر على زواله؛

قُلتُ: قوله: بلفظ يقتضيه، كإنكار غير حديث الإسلام وجوب ما علم وجوبه من الدين ضرورة.

وقوله: أو بفعل يتضمنه كلبس الزنار، وإلقاء المصحف في صريح النجاسة، والسجود للصنم، ونحو ذلك.

وقوله: ولا ينبغي أن تقبل الشهادة على الردة مطلقًا دون تفصيل، لاختلاف المذاهب في التكفير حسن، وهو مقتضى قولها في الشهادة في السرقة: ينبغي للإمام إذا شهدت عنده بينة، أن فلانًا سرق ما يقطع في مثله، أن يسألهم عن السرقة، ما هي؟ وكيف هي؟ ومن أين أخذها؟ وإلى أين أخرجها؟، كما يسألهم عن شهادتهم على رجل بالزنا، وفي نكاحها الثالث وغيره منها.

والأسير يعلم تنصره، فلا يدرى طوعًا أو كرهًا، فتعتد زوجته، ويوقف ماله وحكم فيه بحكم المرتد، وإن ثبت إكراهه ببينة، كان بحال المسلم في نسائه وماله.

ابن حارث: اتفقوا على أن من أكره على الردة، أنه لا يجب عليه حكم المرتد، واختلفوا فيمن أسلم كرهًا، بأن يكره على الإسلام أو يضطره إليه جزية أو ضيق أو ظلم أو جور أو شبه ذلك.

فقال ابن حبيب عن ابن القاسم وابن وَهْب: لا يقتل ولكن يؤمن ويحبس ويضرب.

لأن دوامه كإنشائه وهو صواب والله سبحانه أعلم.

وقد ذكر لي عن الشَّيخين العالمين الشَّيخ أبي عبد الله محمد بن مرزوق، والشَّيخ قاضي الجماعة الزعبري رحمهما الله تعالى: أنهما اجتمعا في وليمة وسئلا عن رجل رأى مصحفًا في نجاسة، وكان على غير طهارة، فهل يجب عليه فورًا أخذه، أو لا بد من تيممه؟.

فقال القاضي المذكور: يجري ذلك على من انتبه في المسجد وقد احتلم، فقيل: يجب عليه فورًا الخروج، وقيل يتيمم، فرد عليه الشَّيخ الآخر: بأن هذه الصورة أشد فيجب فورًا إخلاصه من المفسدة؛ لأنه إن تركه اختيارًا؛ كان ردة بخلاف بقائه في المسجد، فإنه لا يعد ردة، وهو ظاهر والله سبحانه يرحم الجميع بمنه وفضله.

قال ابن حبيب: وهذا غلط، أكثر من أسلم من الأعراب وغيرهم كرهًا، وكفى بالأسير الذي يقرب لضرب عنقه فيسلم، أيقال من إسلامه هذا، وكذا قال الأخوان.

الشَّيخ عن محمد: روى ابن القاسم في نصراني أسلم، ثم ارتد عن قرب،

وقال: إنما أسلمت عن ضيق علي؛ فإن عرف أنه من ضيق ناله أو خوف أو شبهه فعسى أن يعذر، وقاله ابن القاسم.

قال أشهب: لا عذر له ويقتل، وإن علم أن ذلك من ضيق، كما قال أَصْبَغ: قول مالك أحب إلي، إلا أن يقيم على الإسلام بعد ذهاب الخوف، وهذا يقتل، وقاله ابن وَهْب وابن القاسم.

وسمع يحيى ابن القاسم: في إمام صحب قومًا يصلي بهم أيامًا، ثم تبين أنه نصراني أعادوا ما صلوا خلفه أبدًا، ولا قتل عليه.

وقال سَحنون: إن كان بموضع يخاف فيه على نفسه، وماله فتستر بذلك، فلا سبيل إليه، ويعيدون صلاتهم، وإن كان بموضع أمن عرض عليه الإسلام، فإن أسلم لم يعد القوم صلاتهم، وإن لم يسلم قتل وأعادوا.

ابن رُشْد: قول مالك: لا يقتل، ظاهره، وإن كان بموضع أمن؛ لأنه رأى صلاته مجونًا وعبثًا، فعليه بذلك الأدب المؤلم.

وللأخوين مثل قول ابن القاسم في الإعادة أبدًا، وقالا: ذلك منه إسلام، وسواء على قولهما كان بموضع أمن له أم لا، مثل قول أشهب في رسم الأقضية بعد هذا أو تفرقة سَحنون بين كونه في موضع أمن أو لا أظهر الأقوال، وتفرقته في الإعادة استحسان، والقياس إذا عدت صلاته بهم إسلامًا يستتاب عليه أن لا إعادة عليهم أجاب إلى الإسلام، أم لم يجب.

المتيطي: إن اغتسل إلى الإسلام، ولم يصل إلا أنه حسن إسلامه، ثم رجع عن إسلامه أمر بالصلاة، فإن صلى وإلا قتل.

وقال ابن القاسم: لا يصلي ولو ركعة، فإذا صلى ثم ترك أدب، فإن لم يصل قتل.

ابن حارث: اتفقوا في المرتد في أرض الإسلام، أنه يستتاب، فإن تاب وإلا قتل.

في الموطأ: قدم على عمر رجل من قبل أبي موسى، فسأله عن الناس، فأخبره، ثم قال له عمر: هل كان فيكم من مغربة خبر؟ فقال: نعم، رجل كفر بعد إسلامه، قال: فما فعلتم به؟ قال: قدمناه فضربنا عنقه.

قال عمر: أفلا حبستموه ثلاثًا، وأطعمتموه في كل يوم رغيفًا، واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله؟.

ثم قال عمر: اللّهم إني لم أحضر، ولم آمر، ولم أرض إذ بلغني.

الباجي: احتج أصحابنا على وجوب الاستتابة بقول عمر، وأنه لا مخالف له، وهذا لا يصح إلا أن يثبت رجوع أبي موسى، أو من وافقه إلى قول عمر.

[باب الزنديق]

والزنديق: من يظهر الإسلام ويسر الكفر[1]، إن ظهرت زندقته بإقراره، وقال: أتوب، ففي قبول توبته طريقان: الأولى قبولها اتفاقًا.

قال المتيطي: إن أتى تائبًا قبلت توبته، وإن أخذ على دين أخفاه؛ قتل ولم يستتب.

قُلتُ: وهو مقتضى ما تقدم لسَحنون في شاهد الزور: أنه إن جاء تائبًا لم يعاقبه، الثانية: لا تقبل توبته، كما لو اطلع عليه، عزاه ابن شاس لبعض أصحابنا، قال: وهو شاذ بعيد.

قُلتُ: وهو دليل ما حكى الباجي عن محمد من قوله: وإن أظهر كفره من زندقة أو كفر برسول الله ﷺ، ثم تاب قبلت توبته، وهو ظاهر لفظ الجلاب: لا يستتاب الزنديق.

ابن زرقون: وفي المبسوطة قال المخزومي، وابن أبي حازم، ومحمد بن مسلمة: لا يقتل من أسر دينًا حتى يستتاب، والإسرار في ذلك، والإظهار سواء.

---

(1) قال الرَّصاع: هذا هو المنافق الذي صدق بلسانه ولم يصدق بقلبه، إلا أن عبارة الشَّيخ ﷺ أجمع؛ لأنه يشمل من أظهر الإسلام قولًا أو فعلًا أو هيئةً.

قُلتُ: وبه أفتى ابن لبابة.

الباجي: ويستتاب المرتد ثلاثة أيام، وروى ابن القُصَّار: ويستتاب في الحال، إن لم يتب قتل.

وروى أشهب: لا عقوبة عليه إن تاب، وليس في استتابته تخويف ولا تعطيش في قول مالك.

وقال أَصْبَغ: يخوف في الثلاثة الأيام بالقتل، ويذكر الإسلام، والعبد في ذلك كالحر والمرأة كالرجل، قاله مالك.

[باب السحر]

السحر: أمر خارق للعادة مسبب عن سبب معتاد كونه عنه، وتخرج المعجزة والكرامة[1].

الشَّيخ: قال محمد من قول مالك وأصحابه: إن الساحر كافر بالله، فإذا سحر هو بنفسه؛ قتل ولم يستتب، والسحر كفر.

قال مالك: هو كالزنديق إذا عمل السحر بنفسه قتل ولم يستتب، وقد أمرت حفصة في جارية لها سحرتها أن تقتل فقتلت.

ابن عبد الحكم وأَصْبَغ: هوكالزنديق، ميراثه لورثته المسلمين، وإن كان للسحر والزندقة مظهرًا استتيب، فإن لم يتب قتل، وماله في بيت المال، ولم يصل عليه.

ولما ذكر الباجي رواية محمد أن السحر كفر، قال: إن عمله مسلم فهو مرتد، ويحتمل أن معنى قوله أنه كافر، أن فعله دليل على الكفر، ولا يقتل الساحر إلا الإمام.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (أمر خارق) أمر أعم، والخارق أخص؛ فيكون كالفصل أخرج به ما ليس بخارق، والخارق للعادة أعم من الكرامة والمعجزة والسحر، والتحقيق فيه أنه خارق للعادة.
قوله: (مسبب عن سبب معتاد كونه عنه) معناه أن الخارق للعادة من صفته أنه مسبب عن سبب معتاد كون ذلك المسبب عن ذلك السبب، فأخرج به الكرامة والمعجزة، وإنما ذكر السحر هنا؛ لأن حكم الساحر حكم الزنديق في قتله، انظر كلام الشَّيخ في أصليه، وكلام القرافي.

قال أَصْبَغ: وليس لسيده قتله، ولا يقتل حتى يثبت أن ما فعله من السحر الذي وصفه الله به بأنه كفر.

قال أَصْبَغ: يكشف عن ذلك من يعلم حقيقة السحر، ويثبت ذلك عند الإمام.

وفي الموازيَّة في الذي يقطع أذن الرجل، أو يدخل السكاكين في جوف نفسه إن كان سحرًا قتل، وإن كان خلابة عوقب.

قال أبو عمر: روى ابن نافع في المبسوط في امرأة أقرت أنها عقدت زوجها عن نفسها، أو غيرها أنها تنكل ولا تقتل، قال: ولو سحر نفسه لم يقتل بذلك.

قُلتُ: الأظهر أن فعل المرأة سحر، وأن كل فعل ينشأ عنه حادث في أمر منفصل عن محل الفعل أنه سحر.

الباجي عن ابن عبد الحَكم وأَصْبَغ: هو كالزنديق، من كان للسحر والزندقة مظهرًا استتيب، وحكى عبد الوهاب، أنه لا يستتاب، ولا تقبل توبته، وحمل عليه قول مالك، قال: لأنه عنده كفر، فتقرر من هذا أن قول ابن عبد الحَكم وأَصْبَغ ومحمد مخالف لقول مالك، وإن تأولوا عليه خلاف ما تأول عليه عبد الوهاب.

فإن كان الساحر ذميًّا، فقال مالك: لا يقتل إلا أن يدخل بسحره ضررًا على المسلمين، فيكون نقضًا لعهده لا تقبل منه توبة غير إسلامه، وإن سحر أهل ذمته أدب إلا أن يقتل أحدًا فيقتل به.

وقال سَحنون في العتبيَّة: يقتل إلا أن يسلم.

الباجي: ظاهر قول سَحنون، أنه يقتل بكل حال، إلا أن يسلم خلاف قول مالك: لا يقتل إلا أن يؤذي مسلمًا أو يقتل ذميًا، ومن لم يباشر عمل السحر، وجعل من يعلمه له.

ففي الموازيَّة: يؤدب أدبًا شديدًا.

وسمع عبد الملك ابن القاسم: صغير ولد المرتد، إن كان ولده قبل ردته؛ جبر على الإسلام، وضيق عليه، ولا يبلغ به الموت إن ولده بعد ردته جبروا على الإسلام وردوا إليه، وإن لم يدركوا حتى بلغوا تركوا، وأقروا على دينهم؛ لأنهم ولدوا على ذلك، وليس

ارتداد أبيهم ارتدادًا لهم.

وقال ابن كنانة: يستتاب، فإن تاب وإلا قتل، وإن غفل عنه حتى يشيخ ويتزوج لم يستتب ولم يقتل.

ابن رُشْد: قول ابن كنانة فيما ولده بعد ردته أنهم يستتابون، فإن تابوا وإلا قتلوا ما لم يشيخوا على الكفر ويتزوجوا عليه، خلاف قول ابن القاسم.

قُلتُ: هذا فيمن أبوه مرتد، وأما إن ارتد صغير مميز أبوه مسلم، ففي الجنائز منها: من ارتد قبل البلوغ؛ لم تؤكل ذبيحته، ولا يصلى عليه.

الشَّيخ عن محمد: قال ابن القاسم: في ابن لمسلم ولد على الفطرة، ثم ارتد وعقل الإسلام ولم يحتلم؛ جبر على الإسلام بالضرب والعذاب، فإن احتلم على ذلك ولم يرجع؛ قتل بخلاف من يسلم، ثم يرتد ثم يحتلم على ذلك، وفرق بينهما وليس بمنزلة ولد المرتد.

وجعلهم أشهب سواء، وقال: من ولد على الفطرة، ثم ارتد بعد أن عقل وقارب الحلم، ثم احتلم على ذلك: أنه يرد إلى الإسلام بالسوط والسجن، وقاله ابن عبد الحكم.

وقال ابن القاسم: يقتل، وقال ابن القاسم: من ترك ولده الصغير مع مطلقته النصرانية؛ لأنه ابنها فغفل عنه حتى احتلم على النصرانية، إن لم يرجع للإسلام لم يقتل وترك.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: قال ابن القاسم: ويوقف الإمام ماله قبل أن يقتل، والمعروف إن تاب المرتد رجع إليه ماله.

وروى ابن شعبان: أنه لا يرجع إليه، وهو فيء لبيت مال المسلمين.

ابن شاس: وقاله ابن نافع.

قُلتُ: وعزاه اللخمي في كتاب الولاء لرواية المبسوط، وفي رجوع أمهات أولاده إليه بإسلامه، ولزوم عتقهن عليه، نقل الشَّيخ عن محمد، قولي ابن القاسم وأشهب، مع ابن حبيب عن أَصْبَغ: ومال العبد لسيده أو لأرباب ديون عليه، وحكم الزوجة تقدم.

وسمع عيسى ابن القاسم: في المرتد يقتل في ارتداده نصرانيًّا، أو يجرحه إن أسلم لم يقتل به، ولم يستقد منه في جرح؛ لأنه ليس على دين يقر عليه، وحاله في ارتداده في القتل والجرح إن أسلم كحال المسلم، إن جرح مسلمًا اقتص منه، وإن قتل نصرانيًّا لم يقتل به، وإن جرحه لم يستقد منه.

قال عيسى: وإن قتل على ردته؛ فالقتل يأتي على ذلك كله.

ابن رُشْد: اختلف قول ابن القاسم فيه، مرة نظر إلى حاله يوم الحكم في القود والدية، ومرة نظر إلى حاله فيهما يوم الجناية، ومرة فرق بين الدية والقود؛ فنظر إلى القود يوم الفعل، وإلى الدية يوم الحكم، فعلى اعتباره يوم الحكم فيهما.

قال: إن قتل مسلمًا قتل به، وإن جرحه اقتص منه، وإن قتل نصرانيًّا أو جرحه لم يقد منه في قتل ولا اقتص منه في جرح، وكانت الدية في ذلك في ماله، وإن كان القتل خطأ كانت الدية على العاقلة؛ لأنه مسلم يوم الحكم له عاقلة تعقل عنه، وهو قوله في هذه الرواية.

وفي رسم العتق بعد هذا من هذا السماع، وعلى قوله الذي نظر فيه لحاله يوم الفعل فيهما: يقاد منه إن قتل نصرانيًّا؛ لأنه كان كافرًا يوم الفعل، وإن جرح نصرانيًّا عمدًا اقتص منه، وإن جرح مسلمًا عبدًا؛ أجر ي على الخلاف في النصرا ني يجرح العبد المسلم، وإن قتل مسلمًا أو نصرانيًّا خطأ كانت الدية على المسلمين؛ لأنهم هم ورثته يوم الجناية ولا عاقلة له يومئذ.

وهو قول ابن القاسم في رسم الصلاة من سماع يحيى، وعلى هذا القياس يجري حكم جناياته على القول الثالث الذي فرق فيه بين القود والدية، وفي نكاحها الثالث، ونحوه في القذف إن قتل على ردته، فالقتل يأتي على كل حد أو قصاص وجب عليه للناس إلا القذف؛ فإنه يحد ثم يقتل.

وكان يجري لنا في التدريس مناقضة قولها في الكتابين بقولها في كتاب القذف: وإذا قذف حربي في بلد الحرب مسلمًا، ثم أسلم الحربي بعد ذلك أو أسر فصار عبدًا؛ لم يحد للقذف، ألا ترى أن القتل موضوع عنه؟.

قُلتُ: فإسقاط حد القذف بسقوط القتل؛ دليل على دخول حد القذف في القتل، والمنصوص له خلافه فتأمله.

الشَّيخ عن الموازيَّة: لو قتل عمدًا في ردته، وفر لبلد الحرب؛ لم يكن لولاة القتيل في ماله شيء، وإن كان القتيل عبدًا أو ذميًّا؛ أخذ ذلك من ماله.

وأشهب يرى لولاة المسلم أخذ الدية من ماله إن شاءوا أو عفوا، وإن شاءوا صبروا حتى يقتلوه.

قال: وروى أبو زيد عن ابن القاسم: أنه إن قتل مسلمًا خطأً؛ فديته في بيت المال؛ لأن ميراثه للمسلمين.

قُلتُ: وتقدم هذا في كلام ابن رُشْد.

اللخمي عن أَصْبَغ: ليس على من قتل مرتدًّا من مسلم أو ذمي عمدًا قصاص للشبهة، ولا يطل دمه، والعمد فيه كالخطأ وديته للمسلمين، ولو جرحه مسلم أو ذمي قبل ردته، ثم قتل على ردته فلا قود فيه، وعقله للمسلمين، وتقدم الخلاف في حكم قاتله.

وفي ثالث نكاحها: إن راجع الإسلام وضع عنه ما كان لله قد تركه من صلاة أو صوم أو زكاة أو حد، وما كان عليه من نذر أو يمين بعتق أوبائنة أو بظهار، ويؤخذ بما كان للناس من قذف أو سرقة أو قتل أو قصاص أو غيره مما لو فعله في كفره أخذ به.

عياض: كذا روايتنا أو عليه ظهار، وهو محتمل لمجرد الظهار أو يمين بالله، وعليه اختصرها الشَّيخ بقوله: وتسقط أيمانه بالعتق والظهار وغيرهما، ونقلها غيره، وعليه أيمان بعتق أو ظهار.

ونقلها ابن أبي زَمَنَيْن وغيره على لفظ الكتاب لاحتمال الوجهين، ولا شك أن حكم اليمين بالظهار، كاليمين بالطلاق، ولم ينص ابن القاسم على يمين الطلاق، ونص عليه غيره، فهو خلاف قول ابن القاسم، واختلف قول ابن القاسم في يمين الظهار عند محمد.

قال بعض شُيُوخنا: وكذا على لفظ الكتاب: لو كان الظهار حنث فيه؛ فوجبت فيه

الكفارة لأسقطها ارتداده، وتأول على ذلك مسألة الكتاب بخلاف لو كان لزمه مجرد ظهار؛ لم يحنث فيه لم يسقطه ارتداده، كمبتوتة الطلاق، ومثله في الموازيَّة.

وقال غيره: لا فرق بين مجرد الظهار واليمين به، والردة تسقط ذلك، وأكثرهم يحملون قول ابن القاسم أن الردة لا تسقط طلاق البتات، وبعضهم يقول: إن ما ألزم الغير من ذلك واحتج به لا يلزم.

ابن القاسم: إذ لا يقوله.

وقال ابن زَرْب: مذهب ابن القاسم: أن الردة تسقط الطلاق، ويجوز للمطلق ثلاثًا قبل ارتداده نكاحها دون زوج، وحكاه إسماعيل القاضي عن ابن القاسم.

وقال أبو عمران: هذا الأشهر عنه، وحكى الدمياطي عنه خلافه، وأنها لا تحل له قبل زوج، وقول غيره: إذا ارتد المحلل إن ردته لا تبطل الإحلال لا يلزم.

ابن القاسم: لأن المنصوص في الدمياطية أنه يبطل ولا تحل لمطلقها، ولو ارتدا جميعًا، ثم أسلما جاز أن يتناكحا عندهم، على قول ابن القاسم، واختلفوا في أيمانه بالعتق التي أسقطها، هل هي في غير المعين، وأما المعين فيلزم كالمدبر، وقيل: المعين وغيره سواء.

عياض: والأصل في ذلك كله هل حكمه حكم الكافر الأصلي، لقوله تعالى: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾ [الزُّمَر: 65]، فتبطل طاعته المتقدمة، ويسقط عنه ما يسقط عن الكافر الأصلي إذا أسلم، وإليه ذهب ابن القاسم.

أو يقال: حكمه إذا رجع للإسلام حكمه الأول، وكأنه لم يرتد، وعليه قول أشهب، ولذا ورث من مات ممن يرثه أيام ردته، وأبقى زوجته على عصمته، فعلى هذا الخلاف في ردته هل تنقض الطهارة، ويلزمه إعادة الحج، ولا خلاف أن ما يلزمه في حال الكفر الأصلي أو الردة؛ أنه يلزمه في حال رجوعه إلى الإسلام كحقوق الآدميين، وأن ما لا يلزمه من الطاعات حال كفره الأصلي، لا يلزمه بعد كسائر العبادات؛ وإنما لزمه الحج؛ لأنه ليس له وقت محصور يفوت بفواته كالصلاة والصوم، ووقت الحج موسع إلى بقية العمر.

ورجح القابسي قول الغير، وقال: قول ابن القاسم استحسان، والنظر خلافه.

وفيها: والردة تزيل إحصان المرتد من رجل أو امرأة ويأتنفان الإحصان إذا أسلما.

وقال غيره: لا تطرح ردته إحصانه، ولا أيمانه بالطلاق.

وفي أمهات الأولاد منها: إن قتل على ردته؛ عتقت أم ولده من رأس ماله ومدبروه في الثلث وتسقط وصاياه.

الباجي: من تزندق من أهل الذمة، فروى ابن حبيب عن مالك، ومُطَرِّف وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ: لا يقتل؛ لأنه خرج من كفر إلى كفر.

وقال ابن الماجِشُون: يقتل؛ لأنه دين لا يقر عليه أحد، ولا تؤخذ عليه جزية.

قال ابن حبيب: لا أعلم من قاله غيره، ويحتمل أن يريد هنا بالزندقة التعطيل، ومذاهب الدهرية، مما ليس بشريعة، أو يريد الإسرار بما خرج إليه، وإظهار ما خرج عنه، والأول أظهر.

وإذا أسلم اليهودي الذي تزندق، فروى أبو زيد الأندلسي عن ابن الماجِشُون: يقتل كالمسلم يتزندق ثم يتوب.

وفي التجارة لأرض الحرب منها: وإذا أسلم عبده الكافر أو أمته بيعا عليه، وكذا عبده الصغير، يسلم إن عقل الإسلام؛ لأن مالكًا قال: في الصبي الحر إذا عقل الإسلام فأسلم، ثم بلغ فرجع عن الإسلام جبر على الإسلام.

وفي نكاحها الثالث: وإذا أسلم الصبي الذمي، وقد زوجه أبوه مجوسية؛ لم يفسخ نكاحه، إلا أن يثبت على إسلامه حتى يحتلم، فتقع الفرقة بينهما إلا أن تسلم هي عند ذلك.

قال ابن الحاجب: ويحكم بإسلام المميز على الأصح، ويجبر إن رجع.

قُلتُ: عزا ابن هارون القولين لابن القاسم، وذكر مسألة كتاب النكاح الثالث فقط.

قُلتُ: ويقوم له القول الآخر مما حكيناه عنه في التجارة بأرض الحرب.

وعزا الصقلي الأصح إلى ابن وَهْب، قاله في النكاح الثالث، ولم يعزهما ابن عبد

السلام بحال.

وكذلك اللخمي ذكرهما في النكاح الثالث، غير معزوين.

وفي نكاحها الثالث وغيره منها: تبعية الولد الصغير لأبيه في الدين، وأن إسلامه إسلام لصغير ولده مطلقًا.

ومن لفظها: والنصراني يسلم وولده صغارهم مسلمون.

قال سَحنون: وأكثر الرواة أنهم مسلمون بإسلام أبيهم.

قال عياض: قال فضل: هذا يدل على أن من الرواة من يقول: ليس إسلام أبيهم إسلاما لهم، وإن كانوا صغارًا.

قُلتُ: وقال ابن بشير في النكاح الثالث: إسلام الأبوين إسلام لأولادهما الصغار، وأما من ميز، فهل يكون إسلامها إسلامًا له قولان.

قُلتُ: وقال اللخمي: إن كان الصغير في سن من لا يميز، فهو مسلم بإسلام أبيه وإن عقل دينه، لم يكن بإسلام أبيه مسلمًا.

قُلتُ: ففي تبعية الصغير غير المراهق لأبيه في إسلامه وكفره دون أمه، وتبعيته لأولها إسلامًا، معروف المذهب.

ونقل الصقلي عن ابن وَهْب: ونقل بعضهم قصر تبعيته لأمه، كالحرية لا أعرفه في المذهب.

وفي نكاحها الثالث: من أسلم، وله ولد صغار فأقرهم حتى بلغوا اثني عشرة سنة، وشبه ذلك، فأبوا الإسلام؛ فلا يجبروا.

وقال بعض الرواة: يجبرون وهم مسلمون، وهو أكثر مذاهب المدنيين، وله ولد مراهق من أبناء ثلاث عشرة سنة، وشبه ذلك، ثم مات الأب وقف ماله إلى بلوغ الولد، فإن أسلم ورث الأب، وإلا لم يرثه؛ وكان المال للسملين، ولو أسلم الولد قبل احتلامه، لم يعجل بأخذ ذلك؛ لأن ذلك ليس بإسلام.

ألا ترى أنه لو أسلم، ثم رجع إلى النصرانية، أكره على الإسلام، ولم يقتل.

الصقلي: وقيل إسلامه إسلام ولد الميراث؛ لأنه لو رجع إلى النصرانيَّة جبر على

الإسلام بالضرب حتى يسلم أو يموت.

والصغير المسبي: لا أب معه حكم إسلامه بمجرد ملكه المسلم، أو بنيته إسلامه.

قال ابن رُشْد في رسم الشجرة، من سماع ابن القاسم، من كتاب الجنائز: اختلف في الصغير المسبي، وليس معه أبوه.

فقيل: يحكم بإسلامه لملك سيده أباه، قاله ابن دينار، ورواه معن عن مالك.

وقيل: حتى ينويه به سيده، قاله ابن وَهْب.

وقيل: حتى يرتفع عن حداثة الملك شيئًا، ويزيه سيده بزي الإسلام، ويشرعه بشرائعه، قاله ابن حبيب.

وقيل: حتى ترتفع عن حداثة الملك، ويجيب إليه، ويعقل الإجابة ببلوغه حد الإثغار.

وقيل: حتى يجيب إليه بعد بلوغه، وهو مذهب سَحنون.

[باب الزنا]

الزنا: الشامل للواط: مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حله عمدًا(1)

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): الشَّيخ: لم يقل الزنا الأعم ويحده بحد يخصه، كما سيأتي له في القذف، وتقدمت أمثاله، وهنا يتصور ذلك فما سن كونه اقتصر على الحد الأعم.
(قلت): الأعمية في الزنا هنا تتقرر بوجهين أعمية باعتبار دخول اللواط وعدمه وأعمية فيما لا يكون فيه حد وما يكون فيه، والثانية الذي ذكروا في القذف وخصها به ولم يظهر سر الاختصاص.
قوله: (مغيب) اسم مصدر بمعنى غيبة الحشفة.
وقوله: (حشفة) أخرج به غير الحشفة أو بعض الحشفة؛ لأنه لا يصدق عليه شرعًا ذلك، وتأمل إذا كان رجل مقطوع الحشفة، وقد غاب من ذكره مقدار الحشفة، وانظر ما ذكر في الغسل في الطهارة.
قوله: (آدمي) أخرج به حشفة غيره إذا عبثت بذلك امرأة.
قوله: (في فرج) أخرج به مغيبها في غير فرج، وأدخل الفرج قبلاً أو دبرًا؛ لأنه يعم اللواط كما ذكر.
قوله: (آخر) على حذف الموصوف أي في فرج آدمي آخر أخرج به مغيبها في غير فرج الآدمي.
قوله: (دون شبهة) أخرج به إذا كان لشبهة في الحلية إما باعتقاد حلية أو بجهل، وتخرج الأمة المحللة،

ووطء الأب أمة ابنه لا زوجة ابنه، فإن ذلك زنا؛ لأن الأول له شبهة في ماله للحديث «أنت ومالك لأبيك» ولا شبهة في زوجته.

قوله: (عمدًا) أخرج به الغلط أو النسيان أو الجهل.

(فإن قلت): إذا كان عالمًا بالتحريم فما حرم بالسنة ووطء الوطء المذكور فيه، فإنه ليس بزنا على قولها؛ لأن لازم الزنا نفي عنه لنفي الحد عنه، وإنما فيه العقوبة، وقد تقدم في حد النكاح ما يفصل فيه بين النكاح الفاسد والزنا وحده يصدق على هذه الصورة؛ لأن فيه عمدًا من غير شبهة.

(قلت): نمنع كونه لا شبهة فيه؛ بل شبهة الخلاف هل هو زان أو لا وقد ذكر اللخمي الخلاف.

(فإن قلت): تقدم في حد النكاح: أن من صفته في رسمه أن لا يكون العاقد عالمًا حرمتها، إن حرمت بالكتاب على المشهور، أو حرم بالإجماع على القول الآخر، فهذه الصورة ليست بزنا على قاعدة المشهور وزنا على القول الآخر، فهل ما نسب إليها موافق لما ذكر في النكاح أو مخالف؟.

(قلت): بل ذلك موافق للقيد المذكور في حد النكاح، وتقدم معارضة المعتدة بالخامسة على قولها.

(فإن قلت): الشَّيخ في الطهارة في حد موجب الغسل، قيد المغيب من الحشفة بغير خنثى، فهل يلزم هنا ذلك أو لا يلزم.

(قلت): لم يظهر عنه قوة جواب، ثم قال الشَّيخ: في حد ابن الحاجب: هو أن يطأ فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق متعمدًا فيتناول اللواط.

قال: أوردت عليه أسئلة واهية لا فائدة في ذكرها، وأشار إلى ما أطال فيه شيخه هذا رحم الله الجميع بمنه، وذكر الأشبه في الاعتراض؛ وهو خروج زنا المرأة الموطوءة؛ لأنها موطوءة لا واطئة، وأجاب شيخه بأن الوطء لا يمكن إلا من اثنين إلى آخر كلامه، ورد عليه الشَّيخ بما حاصله: أن غاية ما ذكر من التلازم التلازم في الوجود وهو لا يوجب التلازم في العلم الذي هو المقصود في التعريف وهذا حق وكلام صدق.

ثم إن ابن الحاجب زاد بعد حده فيدخل اللواط وإتيان الأجنبية في دبرها، وفي كونه زنا أو لواطًا قولان فاعترضه الشَّيخ ابن عبد السلام بأنه عاند بين اللواط والزنا، وتقدم له دخول اللواط تحت الزنا، فيكون اللواط قسمًا من الزنا وقسيمًا له، هذا خلف وبيان إيراد ما ذكر واضح، ثم أجاب بأن قال إنما يرد في مانعية الجمع والخلو.

قال الشَّيخ: هذا الكلام ضعيف جدًا لا يليق بمثله لوضوح امتناعه في مانعة الجمع؛ لأنها مركبة من الشيء، والأخص من نقيضه، فكيف يجوز أن يكون أحد جزئها أخص من الآخر فيؤدي إلى جواز اجتماع النقيضين، فتأمله منصفًا.

وهذا يحتاج إلى بسط لفظه، وتقرير كلام الشَّيخ ابن عبد السلام، وموضع الرد عليه، لا شك أن العناد العقلي انحصر في ثلاثة أمور في العناد الحقيقي، كقوله: الجسم إما متحرك أو ساكن، وعناد

مانعة الجمع كقولنا: إما أن يكون الثوب أحمر أو أسود، وعناد مانعة الخلو؛ كقولنا إما أن يكون هذا الشيء حيوانًا وإما أن يكون لا إنسانًا؛ فالأولى تركبت من الشيء ونقيضه، مثل إما أن يكون الجسم متحركًا أو غير متحرك أو مساوٍ لنقيضه كالمثال الأول، فمن لازمها أن لا يقع جمع ولا رفع بين أجزائها.

والثانية مركبة من الشيء والأخص فمن نقيضه كالمثال الثاني فإن كل واحد أخص من نقيض الآخر والثالثة مركبة من الشيء والأعم من نقيضه كالمثال الثالث ومن لازم الثانية عدم الاجتماع وجواز الارتفاع ومن لازم الثالثة عدم الارتفاع وجواز الاجتماع فإن الحيوان مع الإنسان كل واحد أعم من نقيض الآخر فلا حيوان أعم من لا إنسان لأن نفي الأعم أعم من نفي الأخص وحيوان أعم من إنسان وصح أنهما لا يرتفعان وقد يجتمعان في الفرس فإذا تقرر ذلك جملة فقول ابن الحاجب زنا أو لواطا كقولنا إما أن تكون هذه الصورة من الواطئ زنا أو لواطا يقول شارحه له لو صح ما ذكرته لزم أن يكون قسم الشيء قسيما له وهو محال عقلا لاجتماع النقيضين لأنه يلزم أن ينافيه هذا خلف لأن من لازم كونه قسمه أن يكون أخص منه فيجتمع معه ضرورة اجتماع الأخص مع أعمه ومن لازم كونه قسيمه أن ينافيه ولا يدخل تحته بيان الملازمة في الأولى أن المؤلف صير الزنا أعم من اللواط لقوله في حده فيدخل اللواط وذلك يوجب كونه قسمه والزنا أعم منه وهو أخصه وكونه: قال هل هذه الصورة معناها زنا أو لواطا يوجب العناد والتنافي وهذا ينافي كون اللواط قسما من الزنا فإذا تقرر ذلك على طريق القوم وظهر السؤال على لفظه كما يجب فاعتذر عنه الشَّيخ شارحه بقوله لكن هذا السؤال إنما يرد في مانعة الجمع والخلو فلما تأملت هذا الكلام ظهر لي أنه غير مفيد للاعتذار ولا يفهم منه ذلك بوجه ولعله فيه بتر ويكون أصله وهذا السؤال إنما يرد في مانعة الجمع والحقيقة لا في مانعة الخلو وعلى هذا يمكن الجواب به فيقال العناد المذكور إنما يقع كون أحد الأجزاء في القضية قسما إذا كان في الحقيقة ضرورة إحالة النقيض أو

مساويه أن يكون جزءا من نقيضه.

وكذلك مانعة الجمع للإحالة في ذلك أيضًا، وأما مانعة الخلو؛ فإنه يمكن في كل من أجزائها الاجتماع فلا إحالة في القسم فيها أن يكون جزءًا من الآخر هذا إن صح كذلك؛ فهو أقرب في معنى جوابه ويحمل على ما ذكرنا، وكون الشَّيخ صحح لفظه وقال: إنه لا يليق بمثله دليل على أن نسخته كذلك صحت؛ لكن حقه أن يقول: هذا كلام لا يلتئم به جواب بوجه، ولا يجري على معقول في فهمه.

وقول الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: لوضوح امتناعه في مانعة الجمع؛ لأنها مركبة من الشيء، والأخص من نقيضه، فكيف يجوز أن يكون أحد جزأيها أخص من الآخر فيؤدي إلى جواز اجتماع النقيضين؟ معنى ذلك على الطريق العلمي؛ أن نقول لو صح ما ذكر شيخه: من ظاهر لفظه: أن قسم الشيء إنما يستحيل

فتخرج المحللة، ووطء الأب أمة ابنه لا زوجته.

ابن الحاجب: هو أن يطأ فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق متعمدًا، فيتناول اللواط، وأورد عليه أسئلة واهية لا فائدة في ذكرها، أشبهها خروج زنى المرأة؛ لأنها موطوءة لا واطئة.

ابن عبد السلام: وأجيب بأن الوطء لا يمكن إلا من اثنين، فأحدهما يستلزم الآخر والواطئ كالعلة، وهي أقوى في الدلالة على المعلول من العكس، ويرد بأن التلازم في الوجود لا يوجب التلازم في العلم، وهو المعتبر في التعريف.

الشَّيخ في الموازيَّة: من وطأ أجنبية في دبرها حدا جميعًا، من أحصن منهما رجم، ومن كان بكرًا جلد وغرب الرجل، وإن اغتصبها فلها المهر، ولا حد عليه، ومثله لابن

كونه قسيًا له في الحقيقية فقط؛ لزم أن يصح ذلك في مانعة الجمع، والتالي باطل بما نقرره بيان الملازمة؛ أن ما عدا الحقيقية منع خلو، ومنع جمع، فلا يصح في مانعة الجمع، وإلا اجتمع النقيضان، بيان الملازمة: أنه قام الدليل العقلي على أن مانعة الجمع تركبت أجزاؤها من الشيء والأخص من نقيضه قطعًا، ولازم ذلك عقلاً عدم اجتماعهما قطعًا.

وذلك يدل على أن أحد الجزأين قسيًا للآخر، فلو فرضناه قسمًا من الآخر مع ما قرر؛ كان أخص من الآخر، والأخص يستلزم الأعم، فإذا قلنا: إما أن يكون هذا متحركًا، وإما أن يكون ساكنًا.

وقلنا: بجواز ما ألزمناه له لزم في الوجود أن يكون اجتمع فيه متحرك لا متحرك؛ وهذا محال، ومن ذلك أقاموا البرهان على أن مانعة الجمع يصح تركيبها من أكثر من جزأين بخلاف مانعة الخلو، ويمتنع في الحقيقية أن تتركب من أكثر من جزأين، كما قرر ذلك في محله مفرعًا على ما ذكرناه من خاصية كل واحد من الثلاث.

ولا يقال: إنه يصح أن يقال: إما أن يكون العدد فردًا أو زوج الزوج، أو زوج الفرد، أو زوج الزوج والفرد؛ وهذا التركيب صحيح عقلاً، وهي حقيقية فقد تركبت من أكثر من شيئين؛ لأنا نقول: إن المساوي للنقيض قضية منفصلة، فالحقيقة تركبت من حملية وقضية منفصلة، فتسمى القضية ذات أجزاء، فيظنون أن الحقيقية تركبت من ثلاثة، وليس كذلك، ونبهنا على ذلك؛ لأنه وقع البحث من بعض الطلبة في ذلك وغلط فيه؛ وقد بين الأثير وغيره ما ذكرناه، وقد وجدت منقولان عن الشَّيخ: أنه قرر ذلك تقريرًا حسنًا، قال: معنى هذه القضية، إما أن يكون العدد فردًا أو زوجا، ثم قلنا: الزوج إما أن يكون كذا أو كذا، فقسمناه إلى أقسام فقد تركبت الشرطية الحقيقية من حملية منفصلة وهو ظاهر، والله سبحانه أعلم.

حبيب عن ابن الماجِشُون.

قُلتُ: وقال ابن القَصَّار: حكم ذلك حكم اللواط، حكاه عنه الباجي، وربما أجرى القولان على إباحة ذلك في الزوجة لزوجها وحرمة ذلك.

قال ابن الحاجب: فيتناول اللواط، وإتيان الأجنبية في دبرها.

وفي كونه زنًا أو لواطًا قولان.

ابن عبد السلام: عائد هنا بين الزنا واللواط، وتقدم له دخول اللواط تحت الزنا، فيكون اللواط قسمًا من الزنا وقسيما له، وكثيرًا ما يقع هذا في كلامه، لكن هذا السؤال إنما يرد في مانعة الجمع والخلو.

قُلتُ: هذا كلام ضعيف جدًا لا يليق بمثله، لوضوح امتناعه في مانعة الجمع والخلو؛ لأنها مركبة من الشيء، والأخص من نقيضه، فكيف يجوز أن يكون أحد جزئيها أخص من الآخر، فيؤدي إلى جواز امتناع النقيضين، فتأمله منصفًا.

وفي كون عقوبة المتساحقتين أدبًا بحسب اجتهاد الإمام على ما يرى من شنعة ذلك، وخبثها، أو بخمسين خمسين، ونحوها سماع عيسى ابن القاسم، مع الشَّيخ عن أَصْبَغ، عن ابن القاسم وعنه، ونقله الباجي وغيره دون ونحوها، وفي رضاعها من زنى بميتة حد.

وقال ابن شعبان: لا يحد.

وفيها: من زنى بصغيرة لم تحض طائعة، ومثلها يوطأ حد، وإن زنت امرأة بصبي مثله يجامع إلا أنه لم يحتلم، فلا حد عليها.

قُلتُ: فهو أحرى.

وقال الصقلي: إن كان الصبي مراهقًا ممن تتلذذ المرأة بوطئه، أو تنزل بجماعه إياها؛ فينبغي أن تحد، وفي قذفها لا يحد الصبي والصبية في زنا، أو غيره من الحدود حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية، فإن تأخر ذلك فحتى يبلغا ثماني عشرة سنة.

اللخمي: اختلف في حد من شارف البلوغ ولم يبلغ.

قال مالك في المدَوَّنة: من لم يحتلم يحد إذا أنبت، واستحب ابن القاسم أن لا يحد.

الشَّيخ عن الموازيَّة: من زنى بميتة أو نائمة أو مجنونة في حال جنونها حد، وعليه في النائمة والمجنونة صداق المثل، وإن زنت المجنونة في إفاقتها حدت.

وفيها: من زنت بمجنون فعليها الحد.

اللخمي: إن زنى مجنون بعاقلة، أو عاقل بمجنونة؛ حد العاقل منهما، وعوقب المجنون؛ إن لم يكن مطبقًا، وكان بحالة يرده الزجر والأدب.

قال: وقال مالك في المدَوَّنة: من زنا بصغيرة يحد إن كان مثلها يوطأ.

يقول: إذا عنف على صغيرة لا يوطأ مثلها لم يحد.

وفي مدَوَّنة أشهب مثله: أنه لا يحد إذا زنى بصغيرة، لا يجامع مثلها.

ولابن عبد الحَكَم: لا يكون محصنًا حتى يتزوج من تطيق الوطء.

وقال ابن القاسم: يحد وإن كانت بنت خمس سنين.

قُلتُ: وهو الأظهر.

وفيها: مع غيرها: لا يحد من أتى بهيمة ويعاقب.

اللخمي في كتاب ابن شعبان: يحد، والأول أحسن.

قال الطرطوشي: ولا يختلف مذهب مالك، أن البهيمة لا تقتل، وإن كانت مما يؤكل أكلت.

وسمع: عيسى ابن القاسم: كل من وطئ امرأة بملك يمين ممن تحرم عليه بالرضاعة من أم أو غيرها، وكل من وطئ امرأة بملك يمين ممن تحرم عليه بالنسب، ولا تعتق عليه من عمة أو خالة أو بنت أخت؛ فلا حد عليه في شيء من ذلك، وإن علم أنهن محرمات عليه؛ لأنه يجوز له بيعهن، واستخدامهن إلا أن يحملن، فيلحق به الولد ويعجل عتقهن، ومن وطئ شيئًا منهن عامدًا عالمًا بحرمة ذلك؛ عوقب نكالًا ويبعن عليه.

وكل من وطئ امرأة بالملك ممن تحرم عليه بالنسب، وتعتق عليه بالملك، كالبنت والأم والأخت، عامدًا عالمًا؛ حد ولا يلحق به الولد.

قال ابن القاسم: إلا أن يعذر بالجهالة، فلا يحد ويلحق به الولد.

ابن رُشْد: هذه مسألة صحيحة على ما في المَدَوَّنة وغيرها، لا خلاف في شيء منها إلا في تعجيل عتق من حملت منه منهن، ومن الناس من قال: يستخدمهن ولا يعتقن عليه، وقع ذلك في رسم الفصاحة من سماع عيسى من كتاب الاستبراء.

وفي قذفها: من تزوج امرأة في عدتها، أو على عمتها أو خالتها، عامدًا لم يحد وعوقب.

اللخمي: قال مالك في متزوج الخامسة، والمبتوتة عالمًا بتحريم ذلك يحد، وقال في متزوج المعتدة كذلك: لا يحد، ولا فرق بينهن، وقيل في المعتدة أنه يحد.

الصقلي: قال أبو محمد: روى علي بن زياد عن مالك: فيمن نكح في العدة ووطئ فيها، ولم يعذر بجهل؛ أنه يحد.

التونسي: إن كان التحريم من القرآن بسبب، ولم يحرم عينها وتحل يومًا ما كالخامسة؛ فإنها تحل لو طلق إحدى الأربع، ففي الحد قولان، وفي قذفها كل من أحلت له جارية أحلها له أجنبي أو قريب أو امرأة، ردت إلى سيدها، إلا أن يطأها من أحلت له؛ فلا يحد، ولو كان عالمًا ولزمته قيمتها، وإن لم تحمل، وليس لربها التماسك بها بخلاف وطء الشريك، فإن كان عديمًا، وقد حملت كانت القيمة في ذمته، وإن لم تحمل بيعت عليه، فكان له الفضل عن القيمة، وعليه النقصان.

الصقلي: قال الأبهري: إن كان عالمًا بحرمة وطئها؛ حد، ولا يلحق به الولد؛ لأنه زان، وهذا خلاف ما في المَدَوَّنة وغيرها.

وروى ابن حبيب: أن النعمان بن بشير رفع إليه رجل وطئ جارية امرأته، فقال: لأقضين فيها بقضاء رسول الله ﷺ، إن أحلتها له جلدته - يريد: نكالًا - وإن لم تحلها له رجمته، فوجدها أحلتها له، فجلده مائة(1).

---

(1) أخرجه الترمذي: رقم (1451) في الحدود، باب ما جاء في الرجل يقع على جارية امرأته، وأبو داود: رقم (4458) و(4459) في الحدود، باب في الرجل يزني بجارية امرأته، والنسائي: 6/124 في النكاح، باب إحلال الفرج.

قال أبو عمران: يريد أن الغيبة عليها كالوطء، ولا يصدق في أنه لم يطأ، وإن فلس قبل دفع القيمة فربها أحق بها، وإن مات فهو أسوة الغرماء.

قال: وإذا كان أحق بها في الفلس، فلا بد أن تباع عليه، كقول عيسى عن ابن القاسم: فيمن وطئ أخته من الرضاعة، ولم تحمل منه؛ فإنها تباع عليه.

الباجي في الموازيَّة، وكتاب ابن سَحنون: من زوج أمته من رجل، وقال: هي ابنتي فلا حد على الزوج، وعليه قيمة الولد يوم الحكم، والولد حر، وللزوج البقاء على النكاح، وعليه جميع المهر، وما ولدته بعد معرفته، فهو رقيق له ويفارق، وما عليه من المهر إلا ربع دينار، ولو زوجه ابنته، وأدخل عليه أمته على أنها ابنته، كانت أم ولد، إن حملت وعليه قيمتها يوم الوطء، وإن لم تحمل ولا قيمة عليه في الولد كمن أحل أمته لرجل وابنته زوجة له، ولو علم الواطئ أن التي وطئ غير زوجته، فلا حد عليه، هذا إن كان بعقد نكاح، وإن أباحها بغير عقد كقوله: أعيركها تطؤها ورقبتها لي، فهذا غير إحلال، لكنه إذن في الوطء.

في كتاب ابن سَحنون: أن الواطئ تلزمه قيمتها يوم الوطء، ولا ترجع إلى ربها، وإن لم يكن للواطئ مال.

زاد محمد: ولو بيعت في القيمة، إذ لم تحمل، لم يجز للمبيح أن يأخذها بقيمته، ولابن سَحنون عنه: من وطئ أمة أخدمها سنين كثيرة يدرأ عنه الحد، وتكون له أم ولد، وأما ما في المدة اليسيرة كالشهر ونحوه فيه، فإنه يحد، ولا تكون أم ولد، ولا يلحق به الولد.

اللخمي: اختلف في المحرمة بالسنة.

فقال ابن القاسم في المدَوَّنة: يعاقب ولا يحد.

وقال ابن نافع وغيره، في شرح ابن مزين: في نكاح المتعة يحد العالم بحرمة ذلك، وإن تزوج ابنه زوجته، ودخل بها، ولم يكن دخل بأمها، لم يحد؛ لأنها تحل له لو طلق الأم، وإن كان دخل بالأم حد، وكذا إن تزوج أم امرأته، فإن دخل بالابنة حد، وإن لم

يدخل بها لم يحد؛ لاختلاف الناس في عقد البنت، هل يحرم الأم أم لا؟.

وإن تزوج زوجة أبيه، أو زوجة ولده حد إن كان عالمًا بتحريم ذلك.

وقال ابن الحاجب: بخلاف تزويجها على أمها بعد الدخول، والبنت مطلقًا.

قال ابن عبد السلام وابن هارون: قوله: (والبنت مطلقًا) يعني: لو تزوج امرأة على ابنتها من غير تفصيل بين أن يكون دخل بالبنت، أو لم يدخل بها؛ لأن العقد على البنت يحرم الأم.

قُلتُ: وهذا خلاف ما نقله اللخمي فتأمله.

وفيها: آخر قذفها: ومن وطئ جارية عنده رهنًا أو عارية أو وديعة أو بإجارة؛ فعليه الحد.

وفي عتقها الثاني: من أعتق عبدًا من الغنيمة، وله فيها نصيب؛ لم يجز عتقه، وإن وطئ منها أمة حد.

وقال غيره: لا يحد للزنا؛ لأن حقه فيها واجب موروث.

قال أبو عمر: اختلف في حده قول مالك وأصحابه، واختلفت الرواية فيه عن علي.

وفي قذفها: وإن دخل مسلم دار الحرب بأمان، فزنى بحربية، فقامت عليه بينة من المسلمين أو أقر بذلك؛ فعليه الحد.

الصقلي: وقال محمد عن أشهب: لا حد عليه.

وقال ابن رُشْد في المقدمات: قال أشهب: من زنى بحربية في بلاد الحرب لم يحد.

قُلتُ: وعزاه اللخمي لابن الماجِشُون.

[باب في الإكراه على الزنا]

والمكره على الزنا: قال ابن العربي: لا حد عليه، وقال بعض أصحابنا: يحد، وقال ابن القُصَّار: إن انتشر قضيبه حين أولج؛ حد أكرهه سلطان أو غيره، وإن لم ينتشر، فلا حد عليه، والمكرهة على التمكين لا تحد.

اللخمي: اختلف في حد الرجل المكره على الزنا والاحتجاج على حده، بأن الإكراه لا يصح مع الإنعاظ غير صحيح، قد يريد الرجل شرب الخمر، ويكف عنها خوفًا من الله تعالى، فإن أكرهته المرأة على الزنا بها، فلا مهر لها، وإن أكرهه غيرها سقط حده، وغرم لها مهرها.

قُلتُ: ويرجع هو على الذي أكرهه.

أبو عمر في الكافي: لا يحد المكره.

وقيل: يحد، والأول قول مالك، وهو الصحيح إذا صح الإكراه.

قال ابن الحاجب: أما لو وطئ بالملك من يعتق عليه أو نكح المحرمة بنسب أو رضاع أو صهر مؤبد، ووطئها أو طلق امرأته ثلاثًا، ووطئها في العدة، أو تزوجها قبل زوج، ووطئها أو طلقها قبل البناء واحدة، ثم وطئها بغير تزويج أو أعتق أمة، ثم وطئها؛ فإنه يحد.

قُلتُ: ظاهره ولا يعذر بدعوى الجهالة خلاف ما يأتي من قولها، إلا أن يقيده بقوله بعد هذا، أو يجهل الحكم في مثل ما ذكر، وتقدم سماع عيسى في العتق.

اللخمي عن محمد: من اشترى من يعتق عليه، فلم يعتق عليه حتى وطئها؛ رجم إن أحصن، وأتى ذلك، وهو عالم أنها محرمة.

يريد: وهو من أهل الاجتهاد، ورأيه أنها حرة بنفس الشراء، وإن كان رأيه أن لا عتق أو كان مقلدًا لمن لا يرى العتق؛ لم يحد، ولو وطئ المرأة من تملكه حدت.

قال: واختلف فيمن أعتق أم ولده، ثم أصابها في الاستبراء.

وقال: ظننت أنها تحل لي.

فقال ابن القاسم: لا حد عليه.

وقال أشهب في الموازيَّة: يحد.

وفي القذف منها: من طلق امرأته قبل البناء طلقة، ثم وطئها، وقال: ظننت أنه لا يبرئها مني إلا الثلاث، فلها صداق واحد، ولا حد عليه إن عذر بالجهالة، ولو طلقها بعد البناء ثلاثًا، ثم وطئها في العدة، لم يحد إن عذر بالجهالة.

قُلتُ: ظاهره أوقع الثلاث مرة أو مفترقات.

وقال الشَّيخ عن الواضحة: قال أَصْبَغ: من نكح امرأته المبتوتة؛ لم يحد كان عالمًا أو جاهلًا للاختلاف.

فيها: وأما إن كانت مطلقة ثلاثًا، فإن كان عالمًا حد؛ لأنه لم يختلف فيه، وإن كان جاهلا لم يحد، وهذا استحسان، والقياس حده ولا يعذر.

قُلتُ: الخلاف في البتة أشهر منه في لفظ الثلاث دفعة، وتقدم نحو هذا للخمي في نكاح أم امرأته عليها، وتقدم الخلاف في الواطئ بنكاح المتعة، دون بينة عليه فتذكره.

ولابن رُشْد في كتاب الاستبراء، في آخر مسألة من نوازل سَحنون، تحصيل هذه المسألة: أن الأمة المبيعة إن بقيت بيد بائعها فوطئها قبل الاستبراء، أو كان مبتاعها ائتمنه على استبرائها، وهي ممن يتواضع لرفعتها؛ أو لأن بائعها كان وطئها، فإنها تكون أم ولد له، ويبطل البيع، وإن وطئها بعد استبرائها بائتمان المبتاع له على استبرائها، أو كانت من الوخش الذي لا مواضعة فيه، وقد انتقد حد، ولم يلحق به الولد والأمة وولدها للمبتاع، واختلف إن كان لم ينتقد وهي عنده محبوسة في الثمن.

فقال ابن القاسم: لا يحد ويأخذ المشتري جاريته وعلى البائع قيمة الولد.

وقال سَحنون: تكون أم ولد له، ويبطل البيع.

وفيها: ولا يعذر العجم، إذا ادعوا الجهالة، ولم يأخذ مالك بالحديث الذي قالت زينب بمرغوس بدرهمين، ورأى أن يقام الحد في هذا.

عياض: هو بفتح الميم وسكون الراء وضم الغين المعجمة وآخره سين مهملة، قال في بعض النسخ: يعني أسود.

وفي كتاب ابن عتاب: بمرغوس يعني بدرهمين.

وقال بعضهم: هو عبد أسود مقعد، كانت هذه الجارية تختلف إليه، فأعطاها درهمين وفجر بها.

وقوله: بدرهمين تفسير بمرغوس أي: بدرهمين من كتب بعض شُيُوخنا وتعليقه، وهو نحو ما في كتاب ابن عتاب، وهذا الوجه ضعيف؛ لأنه جاء في أصل الخبر حين

استفهمها عمر، وكانت نوبية معتقة لحاطب بن أبي بلتعة، فقالت: بدرهمين من مرقوس، كذا في رواية أحمد بن خالد في غير المدَوَّنة بقاف.

الشَّيخ عن ابن حبيب: وقال أَصْبَغ في حديث مرغوس: أنه يدرأ الحد عمن جهل الزنا ممن يرى أن مثله يجهله.

اللخمي: قول مالك أشهر، وقول أَصْبَغ أقيس.

وقد قال سَحنون فيمن أسلم بدار الحرب، ثم خرج لا قضاء عليه فيما ترك من الصلوات قبل خروجه، إن كان غير عالم بفرضها.

قُلتُ: الأظهر أن اختلاف قولي مالك وأَصْبَغ؛ إنما هو في تحقيق مناط، وهو هل يتصور اليوم جهل حكم الزنا أم لا؟ وقول سَحنون بناء على أن من شرط إسلام الكافر صلاته حسبما تقدم للمتيطي.

وسمع عيسى ابن القاسم: من جاع فباع امرأته من رجل، فأقرت له بذلك فوطئها مشتريها، ثم عثر على ذلك، وجدت في مسائل بعض أصحابنا عن مالك، وهو رأيي أنهما يعذران، وتكون طلقتها بائنة، ويرجع عليه المشتري بالثمن.

قُلتُ: فلو لم يكن بهما جوع؟ قال: فخير أن تحد وينكل زوجها، ولكن درء الحد أحب إلي، وقد قال مالك في الرجل يسرق من جوع يصيبه أنه لا يقطع.

ابن رُشْد: لا شبهة أقوى من الجوع.

وقوله: تكون طلقة بائنة، هو ظاهر قول مالك في سماع يحيى من كتاب العتق.

وقيل: تبين منه بالبتة، قاله ابن وَهْب ورواه ابن عبد الحَكم.

وقوله: إن لم يكن بهما جوع أحب إلي، درء الحد بالشبهة، وجه الشبهة أن المشتري يملكها بشرائه ملك الأمة، فيكون في وطئه إياها كالمكره، وإن كانت طائعة، إذ لو امتنعت لقدر على إكراهها.

قُلتُ: كون أصل فعلها في البيع الطوع ينفي كونها مكرهة.

قال ابن رُشْد: وعلى قول ابن الماجِشُون: فيمن زوج ابنته رجلًا، فحبسها وأرسل إليه أمته فوطئها، فإنها تحد إلا أن تدعي أنها ظنت أنها زوجت منه، تحد كمن طاعت

لزوجها ببيعها فوطئها المشتري، إلا أن تدعي أنه أكرهها على الوطء.

وهو قول ابن وَهْب في سماع عبد الملك من طلاق السنة: أنها ترجم إن طاوعته على البيع، وأقرت أن المشتري أصابها طائعة، وإن زعمت أنه استكرهها لم تحد، ونصوص المدَوَّنة وغيرها واضحة بحد المقر بالزنا طوعًا، ولو مرة واحدة.

اللخمي في الموازيَّة: قيل لمالك: أللإمام إذا اعترف رجل عنده بالزنا أن يعرض عنه أربع مرات قبل أن يقيم عليه الحد؟ قال: ما أعرفه إذا اعترف مرة واحدة، وأقام على ذلك حد.

وفي القذف منها: إن ظهر بامرأة حمل وقالت: تزوجني فلان والحمل منه، فإن لم يقم بينة بالنكاح حدت، وحد الزوج إن صدقها، ومثله في الموازيَّة وغيرها.

اللخمي: تحد إن لم يكن زوج ولا سيد ولا شبهة، ولم تكن طارئة.

قُلتُ: وكذا نقله الباجي عن محمد، ولم تكن طارئة.

اللخمي: فإن كانت طارئة وقالت: هو من زوج طلقني، أو غاب عني لم تحد، وإن لم تكن طارئة وادعت أنه من غصب، وتقدم لها ذكر ذلك، أو أتت متعلقة برجل، أو كان سماعًا واشتكت، ولم تأت متعلقة به لم تحد إن ادعته على من يشبهه، وإن ادعته على رجل صالح حدت، هذا إن تقدمت الشكوى قبل ظهور الحمل، وإن لم تذكره إلا بعد ظهوره حدت، إلا أن تكون معروفة بالخير، وقالت: كتمت ذلك رجاء أن لا حمل، أو أن يسقط، فتعذر.

ومثله لو لم تسم من استكرهها، وهي معروفة بالخير، هذا الذي أخذ به، ومثله عن عمر ﷺ في امرأة ظهر بها حمل، وقالت: كنت نائمة فما أيقظني إلا وقد ركبني رجل، فأمر أن ترفع إلى الموسم هي وناس من قومها، فسألهم عنها، فأثنوا عليها خيرًا، فلم يحدها، وكساها وأوصى بها أهلها.

الشَّيخ عن الموازيَّة: إن رجع عن إقراره لوجه وسبب لم يختلف أصحاب مالك في قبول رجوعه.

قال مع ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: مثل أن يقول: إنما أردت أني أصبت امرأتي

حائضًا أو جاريتي وهي أختي من الرضاعة، فظننت ذلك زنًا.

أبو عمر: اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة على قبول رجوع المقر بالزنا والسرقة وشرب الخمر، إذا لم يدع المسروق منه ما أقر به السارق.

وقال ابن أبي ليلى وعثمان: لا يقبل رجوعهم في شيء من ذلك.

ابن زرقون: وحكاه الخطابي في شرح لسنن عن مالك، وهو غريب.

قُلتُ: لعله فيما لم يذكر له وجهًا.

الباجي: إن رجع لغير شبهة فروى ابن وَهْب، ومُطَرِّف في الموازيَّة: أنه يقال، وقاله ابن القاسم، وابن وَهْب، وابن عبد الحكم، وعن مالك: لا يقبل منه، وقاله أشهب وعبد الملك.

أبو عمر: اختلف قول مالك في المقر بالزنا أو بشرب الخمر يقام عليه بعض الحد، فيرجع تحت الجلد قبل تمام الحد.

فقال مرة: إن أقيم عليه أكثره أتم، ومرة قال: يقبل ولا يضرب بعد رجوعه، وهو قول ابن القاسم، وجماعة العلماء.

قُلتُ: للشيخ عن الموازيَّة، قال أشهب وعبد الملك: لا يقال إلا أن يورك، فيقال ما لم يضرب أكثر الحد، فليتم عليه ولا يقال وإن ورك.

وفي ثبوت الإقرار بشاهدين قولان تقدما، في الشهادة في الزنا، وفي أول قذفها من شهد عليه أربعة أنه وطئ هذه المرأة، ولا يدرون ما هي منه؛ فعليه الحد إلا أن يقيم بينة أنها زوجته أو أمته، أو يكونا طارئين، فلا شيء عليه إذا قال: هي أمتي أو امرأتي، وأقرت له بذلك إلا أن تقوم بينة، بخلاف ما قال الشَّيخ عن ابن حبيب.

قال ابن الماجِشُون: من قال: وطئت فلانة بنكاح البارحة، أو اشتريت أمة فلان فوطئتها لم يكلف بينة بنكاح ولا شراء ولا يحد؛ لأنه لو وجد مع امرأة يطؤها.

قال: هي زوجتي، هذا يكلف البينة إن لم يكن طارئًا، ولا أقر بزنا صريح، وقاله علماؤنا، وغلط فيه بعض من يشار إليه، وقاله مُطَرِّف وأَصْبَغ.

ابن الماجِشُون: ولو شهدت بينة أنهم رأوا فرجه في فرج امرأة غائبة عنا لا ندري

من هي.

قال: كانت زوجتي وطلقتها، أو أمتي وقد بعتها، وهو معروف أنه غير ذي زوجة ولا جارية صدق، ولم يكلف بينة، ولو أخذته معها كلفته البينة، إن لم يكن طارئًا، ولو لم يدع ذلك، وقال: كذب الشهود حد، وقاله مُطَرِّف وأَصْبَغ.

الصقلي: روى محمد: سواء وجد مع امرأة يطؤها، أو أقر بذلك، وادعى الزوجية فليحدا.

قال ابن القاسم: وجدا في بيت أو طريق إلا أن يقيما بينة بالنكاح، ولا تقبل شهادة أبيها أو أخيها، إلا أن يكون أمرًا قد عرف وسمع، فلا يحدان، ولكن لا يبقيان على ذلك حتى يأتنفا نكاحًا جديدًا بعد الاستبراء.

وفيها: إن شهد عليها بالزنا أربعة عدول، فقالت: أنا عذراء أو رتقاء، ونظر النساء إليها فصدقتها لم ينظر إلى قولهن وحدت، ألا ترى أن البكر إن أنكر زوجها الوطء بعد إرخاء الستر، وادعته وشهد النساء أنها بكر أن قولهن لا يقبل، ولا تكشف الحرائر على مثل هذا.

اللخمي: لا أرى أن تحد لوجهين:

أحدهما: أن شهادة النساء بذلك، شبهة لا شك فيها.

والثاني: أنه يصح أن توقف شهادة الرجال بشهادة النساء؛ لأنه من باب الاختلاف لا من باب التجريح، ولا وجه لإقامة الحد عليها مع القدرة على معرفة ما تقوله، فينبغي أن ينظر إليها جماعة من النساء يقع بقولهن العلم.

ولو قالت: أنا أنكشف إلى أربعة رجال ينظرون إلي، ولا أجلد ولا أرجم؛ لأني قائمة البكارة، ولم يصل إلي زوجي؛ لكان ذلك لها؛ لأن هذه ضرورة، وإذا جاز نظر الرجال أولًا لإقامة الحد، كان جوازه لدرئه أولى.

قُلتُ: ويؤيد دليل قولها فيمن رجمه الإمام، فظهر أنه مجبوب أنه من خطأ الإمام.

[باب في شرط إيجاب الزنا الحد]

وشرط إيجاب الزنا حده تكليف الزاني إجماعًا[1].

وقول اللخمي في النكاح الثالث، إذا شارف البلوغ ولم يحتلم.

فقال مالك مرة: يحد إذا زنى بناء على ثبوت البلوغ، بالإنبات وإسلامه على المعروف.

اللخمي: وقال المغيرة في المبسوط: يحد حد البكر بكرًا كان أو ثيبًا، وقول مالك: لا يحد، ويرد إلى أهل دينه، ويعاقب إذا أعلنه أحسن.

قُلتُ: لعل قول المغيرة: لأن شرط الإحصان الإسلام، وفي كلام أبي عمر ميل إلى أحد قولي الشافعي.

وقول الطحاوي: أنه يحد كما يقطع في السرقة.

[باب في شرط الإحصان الموجب للرجم]

فحد المحصن رجمه بالوطء المباح بنكاح صحيح، لا خيار فيه من بالغ مسلم من إحصان اتفاقًا[2].

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (تكليف الزاني) أخرج به غير المكلف من صبي ومجنون، ولما نقل الشَّيخ الإجماع؛ اعتذر عن ذلك في قولها: إذا شارف البلوغ، قال مالك: مدة يحد، قال: بناه على أن البلوغ يتقرر بالإنبات.

قوله: (والإسلام) هذا ليس بمتفق عليه، وقد نقل عن المغيرة: أنه يحد.

(فإن قلت): لم يذكر الشَّيخ غير هذا من الشروط، وهو الطوع، فإن المكره لا حد عليه.

(قلت): لا شك أنه أسقط ذلك وغيره، ولا يجاب بأن شرط الطوع فيه خلاف؛ لأنه ذكر الإسلام، وقد ذكر فيه الخلاف، وعبارة ابن الحاجب شرط موجبه الإسلام والتكليف، قال شارحه: ينبغي ضبطه بفتح الجيم، والضمير يعود على الزنا.

(2) قال الرَّصاع: قوله: (الوطء المباح) أخرج به الحرام من الوطء مطلقًا، وفي بعضه خلاف، والرسم للمتفق عليه.

أبو عمر في الكافي: الفاسد الذي لا يحصن ما يفسخ بعد البناء كالشغار، والذي لا يفسخ بعد البناء الوطء فيه إحصان.

اللخمي عن المغيرة وابن دينار: الوطء الفاسد كوطء الحائض والمحرمة والمعتكفة والصائمة كالصحيح.

وفي كونه في نكاح ذي خيار أمضي بعد الوطء إحصانًا نقلا اللخمي عن ابن القاسم وأشهب.

وفيها: والمجنونة تحصن واطئها ولا يحصنها، وقال بعض الرواة يحصنها.

ابن بشير: لو كان الزوجان أو أحدهما مجنونًا، ففي وقوع الإحصان مطلقًا، أو في حق العاقل فقط، ثالثها: إن كان الزوج عاقلًا ثبت الإحصان فيهما، وإلا فلا، فعزاها

قوله: (بنكاح) أخرج به الوطء بالملك.

قوله: (صحيح) أخرج به الوطء الفاسد في النكاح.

قوله: (لا خيار فيه) أخرج به غير اللازم.

قوله: (بالغ) أخرج به الصبي.

قوله: (مسلم) أخرج به الكافر.

وقوله: (حر) أخرج به العبد، وأكثر هذه الشروط إذا اختلت يدخل الخلاف فيه، انظره.

(فإن قلت): لم يذكر الشَّيخ: العقل ولا الطوع، فظاهره إذا وقع ذلك من غير وجود الشرطين؛ أن الرجم ثابت، وأن الإحصان ثابت باتفاق بما ذكر، وليس كذلك؛ بل الخلاف في ذلك مشهور.

(قلت): يرد ذلك عليه فيما يظهر، ويحتاج إلى جواب عنه، وتأمل كلامه مع ما اشترط الأشياخ في باب النكاح، فيما يجمع شروط الإحصان في قولهم:

شروط الإحصان ست أتت فخذها عن النص مستفهما
بلوغ وعقل وحرية ورابعها كونه مسلما
وعقد صحيح ووطء مباح متى اختل شرط فلن يرجما

وقد ذكر هنا: مسألة المدَوَّنة وكليتها في قولها في النكاح الثالث: كل وطء أحصن الزوجين أو أحدهما؛ فإنه يحل المبتوتة، وليس كل ما يحل يحصن.

قال الشَّيخ: وكان يجري لنا نقض هذه الكلية بما نقله عبد الحق عن ابن القاسم وطء المجنونة؛ يحصن الواطئ ولا يحلها، فتأمل جواب ذلك.

ابن عبد السلام لعبد الملك، وابن القاسم ومالك وأشهب ناقلًا عن اللخمي.

قُلتُ: وما نقلها اللخمي إلا في الإحلال.

وفيها: والعبد لا يحصنه ذلك حتى يطأ بعد عتقه، والوطء بعد عتق أحدهما يحصن المعتوق منهما، والأمة المسلمة والحرة الكتابية، لا تكونان محصنتين حتى توطا هذه بعد إسلامها، وهذه بعد العتق.

وفي نكاحها الثالث: كل وطء أحصن الزوجين أو أحدهما، فإنه يحل المبتوتة، وليس كل ما يحل يحصن، وكان يجري لنا إبطال صدق هذه الكلية، بنقل عبد الحق عن محمد عن ابن القاسم: وطء المجنونة يحصن واطئها ولا يحلها، والكلام على مسألتي النكاح الثالث، وكتاب الرجم وتنافيهما تقدم في النكاح.

واللائطان كالمحصنين وإن لم يحصنا، أبو عمر: قال ابن عباس: حد اللوطي أن يرمى من أعلى بناء في القرية منكسًا، ثم يتبع بالحجارة.

الباجي عن ابن حبيب: كتب أبو بكر أن يحرق بالنار ففعل، وفعله ابن الزبير في زمانه، وهشام ابن عبد الملك في زمانه، والقسري العراقي، ومن أخذ بهذا لم يخطئ.

قال مالك: الرجم هي العقوبة التي أنزل الله بقوم لوط، وإن كانا عبدين، فقيل يرجمان؟ وقال أشهب: يحد العبدان خمسين خمسين، ويؤدب الكافران.

قُلتُ: قول أشهب ميل لاعتبار الإحصان.

[باب في الحد والتغريب]

وحد زنا البكر الحر جلد مائة.

فيها: البكر حده الجلد بغير رجم، بذلك مضت السنة.

ولا نفي على النساء، ولا على العبيد ولا تغريب، ولا يُنفى الرجل الحر إلا في الزنا أو في حرابة فيسجنان جميعًا في الموضع الذي ينفيان إليه، يسجن الزاني سنة والمحارب حتى تعرف توبته.

وفيها في كتاب المحاربين: وقد نفى عمر بن عبد العزيز محاربًا أخذ بمصر

إلى شعب.

قال مالك: وكان ينفى عندنا إلى فدك وخيبر.

وفيها: حد العبد في الزنا خمسون، وفي الخمر والفرية أربعون.

اللخمي: وكذا الأمة وكل من فيه عقد حرية لم تتم، كالمدبر والمكاتب، وأم الولد والمعتق بعضه والمعتق إلى أجل.

ثم قال في الموازيَّة: إن عمر غرب امرأة إلى مصر، وفي الموطأ أنه غرب عبدًا.

وروى مسلم أنه ﷺ قال: «**البكر بالبكر جلد مائة، وتغريب عام**»[1]، ولا وجه للاعتذار بالولي، وعلى اعتباره تنفى إن كان لها ولي أو تسافر مع جماعة رجال ونساء كخروج الحج، فإن عدم جميع ذلك، سجنت بموضعها عامًا؛ لأنه إذا تعذر التغريب لم يسقط السجن.

الشَّيخ عن الموازيَّة: قال ابن القاسم: ويكتب إلى والي الموضع أن يسجنه سنة من يوم يصير في السجن.

قال ابن حبيب عن مُطَرِّف: ويؤرخ يوم سجنه.

قال في الموازيَّة: وكراؤه في سيره عليه في ماله في الزاني والمحارب، فإن لم يكن له مال ففي مال المسلمين، وقاله أَصْبَغ.

ابن شاس: فلو عاد أخرج ثانية.

اللخمي: قال محمد: يرمى بالحجارة التي يرمى بمثلها، وأما الصخور العظام فلايستطاع الرمي بها.

اللخمي: ولا تكون صغارًا مما يؤدي إلى عذابه ولا يجهز.

قُلتُ: وقال الشَّيخ أبو إسحاق: يرجم بأكبر حجر يقدر الرامي على حمله.

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (1690) في الحدود، باب حد الزنى، وأخرجه أحمد: 318/5، وأبو داود: رقم (4415) في الحدود، باب في الرجم، والترمذي: رقم (1434) في الحدود، باب ما جاء في الرجم على الثيب.

فحمله ابن عبد السلام على أنه خلاف المشهور، وليس كذلك؛ لأن مراد الشَّيخ سرعة الإجهاز عليه.

ولذا قال اللخمي: ويخص به المواضع التي هي مقاتل الظهر، وغيره من السرة إلى ما فوق، ويجتنب الوجه، ويجتنب ما ليس مقتلًا كالساقين، ويجرد أعلى الرجل، ولا تجرد المرأة.

قال مالك في المدَوَّنة: لا يحفر له.

قال في الموازيَّة: ولا للمرأة.

أشهب: إن حفر له، فأحب إليَّ أن تخلى له يداه، والأحسن أن لا يحفر له فرأى ذلك واسعًا واستحب عدم الحفر.

وقال ابن وَهْب: يفعل الإمام من ذلك ما أحب.

واستحب أَصْبَغ الحفر مع إرسال يديه.

وقال ابن شعبان: قال بعض أصحابنا: لا يحفر للمقر، ويحفر للمشهود عليه.

الباجي: وحكى ابن مزين عن ابن القاسم: أن كل حد يكون منه القتل، فإنه يستعجل بالمريض، ولا تنتظر إفاقته، وحكاه الصقلي أيضًا عن ابن القاسم.

اللخمي: لا يقام على حامل حد؛ لأن الرجم قتل لولدها، والجلد يخشى منه عليه وعليها، فإن وضعت وكانت بكرًا أخرت حتى تتعافى من نفاسها؛ لأنها مريضة، وإن كانت ثيبًا رجمت، إلا أن لا يوجد لولدها من يرضعه، فتأخر لفطامها، وإن شهد على امرأة بالزنا منذ أربعين يومًا أخرت، ولم تضرب ولم ترجم حتى تتم لها ثلاثة أشهر من حين زنت، فينظر أحامل هي أم لا؟ ولا يستعجل الآن لإمكان أن تكون حملت، وإن لم يمض لها أربعون يومًا جاز تعجيل حدها جلدًا أو رجمًا، إلا أن تكون ذات زوج فيسأل.

فإن قال: كنت استبرأتها فيها حدت ورجمت.

وإن قال: لم أستبرئ خير بين أن يقوم لحقه في الماء الذي له فيها، فتؤخر لتنظر هل تحمل منه أم لا، أو يسقط حقه فتحد.

وأجاز ابن القاسم في المَدَوَّنة: إذا زنت منذ شهرين أن ترجم إذا نظرها النساء، وقلن لا حمل بها، وليس بالبين؛ لأنه ﷺ أخبر أنه يكون نطفة أربعون يومًا، وأربعين يومًا علقة، وأربعين مضغة، ثم ينفخ فيه الروح(1).

وإذا كان كذلك أمكن أن يكون في الشهرين علقة، ولا يجوز حينئذ أن يعمل عملًا يؤدي إلى إسقاطه، كما لا يجوز للمرأة أن تشرب ما تطرحه به، وفي الرجم منها إن اجتمع على الرجل مع حد الزنا حد قذف أو شرب خمر، أقيما عليه إلا أن يخاف عليه، فذلك إلى اجتهاد الإمام في تفريق الحدين.

اللخمي: إن لم يحمل إلا إقامة أحدهما، فإن كانا لله قدم آكدهما كالزنا وشرب الخمر، فيحد للزنا إلا أن يخاف عليه في المائة لا في الثمانين، وإن كان الحقان لآدمي كقصاص، وقذف اقترعًا أيهما يبدأ، وإن حمل أدناهما عجل دون قرعه.

قُلتُ: الأظهر تقديم القذف لعدم اندراجه في القتل بخلاف القصاص.

قال: وإن كان أحد الحقين لله، والآخر لآدمي قدم حق الله، إلا أن يكون فيه محمل لحق الآدمي، دون حق الله.

قُلتُ: وكذا المريض إن خيف عليه من إقامة الحد أخر.

قال مالك: إن خيف على السارق إن يقطع في البرد أخر.

ابن القاسم: والذي يضرب الحد في البرد مثله، إذا خيف عليه أخر، والحر بمنزلة البرد.

اللخمي: إن كان ضعيف الجسم يخاف عليه الموت، سقط الحد وسجن، وإن كان قصاص رجع إلى الدية.

وفي كونها في ماله أو على العاقلة؛ قولان، وإن كان حد قذف فمن حق المقذوف تفريق ذلك عليه، وكذا حد الزنا والشرب.

---

(1) أخرجه البخاري: 417/11 في القدر، باب في القدر، وفي بدء الخلق، باب ذكر الملائكة، ومسلم: رقم (2643) في القدر، باب كيفية الخلق الآدمي في بطن أمه.

عياض: قوله: والحر عندي بمنزلة البرد خلاف قوله في السرقة، إن كان الحر كالبرد، فهو مثله، وكلاهما خلاف ما في الموازيَّة أنه بخلاف البرد.

ابن شاس: أما مستوفي الحدود، فهو الإمام في حق الاحرار.

قُلتُ: هو مقتضى قولها: ومن زنت جاريته، ولها زوج فلا يقيم عليها الحد، وإن شهد عليها أربعة سواه، والتمسك بهذا اللفظ منها في قصر إقامة الحد على الإمام أبين من أخذه بعضهم من قولها، ولا ينبغي أن يقيم الحدود في القتل ولاة المياة، وليجلب إلى الأمصار، ومصر كلها لا يقام القتل فيها إلا بالفسطاط، أو يأمر واليه لمن يكتب إليه به.

وفيها: مع غيرها ولا بأس أن يقيم السيد على مملوكه حد الزنا والقذف والخمر لا السرقة، ولو شهد بها عنده عدلان سواه، ولا يقيمها على العبد إلا الوال،ي فإن قطعه السيد والبينة عادلة وأصاب وجه القطع؛ عوقب ولا يحد عبده في الزنا إلا بأربعة سواه، فإن كان أحدهم رفعه إلى الإمام.

الباجي: إن لم يثبت ذلك عليه إلا بعلم السيد فهل يقيم عليه الحد؟.

قال ابن الجلاب: فيه روايتان: جواز ذلك ومنعه.

قُلتُ: عزا الأولى اللخمي لرواية المبسوط.

قال: وقال عبد الملك: إن رأى أمته تزني، لم يجلدها إذ ليس للسلطان أن يجلد برؤيته، وإن كان حمل أو ولد؛ فله أن يحد فيه ويحضر للحد أربعة فصاعدًا.

قال مالك: قد يعتق فيعتبر عليها، فلا يسقط حد قاذفها إلا أربعة شهداء.

وقال مالك: من وجد عبده سكرانًا، لم يجلده حتى يشهد على سكره ويحضر جلده رجلان؛ لأنه عسى أن يعتق فيشهد، فيحلف المشهود عليه، ما ترد به شهادته.

وفيها: من زنت جاريته، ولها زوج لم يقم عليها الحد، وإن شهد عليها أربعة سواه حتى يرفع ذلك إلى السلطان.

اللخمي: إن كان زوجها عبده، فله إقامته عليها، وإن كان لغيره لم يقمه، قاله في مختصر ابن عبد الحكم؛ لأنه مما يغر الزوج، ويفسد جسمها، إلا أن يعترف الزوج بصحة الشهادة، فيقيمه دون الإمام.

قال أبو إسحاق التونسي: وكذا العبد إن كانت له زوجة حرة أو أمة لغير سيده، فلا يقيم الحد عليها إلا الإمام.

الشَّيخ: إكراه الذمي مسلمة على وطئه إياها يوجب قتله؛ لأنه نقض، رواه محمد.

وفي شرط ثبوته بأربعة بزناه والاكتفاء بشاهدين فقط، سماع سَحنون ما رجع إليه ابن القاسم، وما رجع عنه.

ابن رُشْد: اختلف إن زنى بها طائعة، فقال ربيعة: هو نقض.

وسمع عبد الملك ابن وَهْب: تضرب المرأة الحد ويضرب النصراني ضربًا يموت منه، وإن كان اغتصبها نفسها طلب.

وقال أشهب: يضرب ضربًا موجعًا لما لم يوفِّ لهم بالعهد، ولو وفَى لهم بالعهد كان نقضًا.

وقال ابن عبد الحَكم: لا يكون نقضًا، وإن وفَّى لهم بالعهد، وأما جرح النصراني للمسلم وقذفه إياه، فلم يروه نقضًا.

الشَّيخ عن محمد: وإن استكره أمة مسلمة لم يقتل، كما لو قتلها، وفيه اختلاف، وهذا أحب إليَّ لما جاء: لا يقتل حر بعبد.

قال مالك: وعليه في الأمة ما نقصها في البكر والثيب.

[باب القذف]

القذف الأعم: نسبة آدمي غيره لزنا، أو قطع نسب مسلم، والأخص بإيجاب الحد نسبة آدمي مكلف غيره حرًّا عفيفًا مسلمًا بالغًا، أو صغيرة تطيق الوطء، لزنا أو قطع نسب مسلم[1]، فيخرج قذف الرجل نفسه.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (نسبة آدمي) معنى قوله: نسبة أي: حكم بزنا إسنادًا أو تقييدًا، ويدخل فيه التصريح والتلويح؛ وهو التعريض، والآدمي مضاف من إضافة المصدر إلى فاعله والغير مفعول.

قوله: (غيره) أخرج به قذف نفسه.

(فإن قلت): النسبة للغير تصدق، إذا نسب إلى ذاته، وإن نسب إلى جزئه، فكيف يصدق فيه، وقد

وقول ابن الحاجب هو ما يدل على الزنا أو اللواط، والنفي عن الأب أو الجد لغير المحمول، فيه تكرار الثاني والأخير؛ إذ المحمول لا نسب له يعرف، فلا يتصور نفيه وهو كبيرة.

وفيها: من قال لرجل: لست ابن فلانة لأمه لم يحد.

وقع في المدَوَّنة أنه قذف.

(قلت): لا يخرج ذلك عن قوله غيره؛ لأنه داخل فيه؛ لأنه يصدق عليه نسبة آدمي آدميًا غيره، وهو ظاهر، ويدخل في هذا الحد نسبة غير المكلف غيره ونسبة العبد، وكثيرًا مما لا يتقرر شروط القذف فيه، إما باتفاق أو بخلاف؛ لأنه بالمعنى الأعم مما يلزم فيه الحد.

قوله: (لزنا) تقدم حد الزنا فذكره في الحد صحيح، فصح التعريف به لتقدم معرفته.

قوله: (أو قطع نسب مسلم) أخرج به إذا لم يقطع نسبًا، أو قطع نسب غير مسلم، فإنه لا يسمى قذفًا.

الأول: إذا قال لرجل: لست ابنًا لفلانة؛ فإنه ليس قذفًا؛ لأنه لا يمكن قطعه عنها.

وإن قال: ليس أبوك الكافر ابن أبيه؛ فلم يقطع نسبًا أيضًا؛ فلذا قال مسلم.

قوله: (والأخص) تقدم أنه لم يذكر ذلك في الزنا، ولم يظهر الجواب عنه، فإن كثيرًا من صور الزنا لم تتوفر فيه شروط الحد، ويصدق عليه زنا.

والشَّيخ ابن عبد السلام أورد سؤالاً على تعريف ابن الحاجب لصدقه: على من قذف غير عفيف؛ وأجاب بأن حقيقة القذف موجودة في كل صورة، وانتفاء الحد عن تلك الصورة لا يدل على انتفاء القذف عنها؛ لأن الحد يدل على أن تلك الحقيقة لا يحصل أثرها إلا عند توفر شروطها لا يقال، وما ذكره وصححه يوجب للشيخ: أن لا يحتاج إلى تقسيم إلى الأعم والأخص؛ لأنا نقول لعل الشَّيخ يقول: إن عرف الفقهاء يجعلون له معنيين، وغلب فيهما، وتقدم ما فيه من البحث.

قوله: (آدمي مكلف) أخرج به غير المكلف، فإنه لا يصدق عليه قذف يوجب الحد.

قوله: (حرًا عفيفًا) إنما قيد بهذه القيود لما ذكرنا في القيد الأول؛ وهو ظاهر.

قوله: (أو صغيرة) أدخل به مسألة المدَوَّنة، وباقيه جلي مما تقدم، ثم قال: وقول ابن الحاجب هو ما يدل على الزنا أو اللواط، أو النفي عن الأب أو الجد لغير المجهول فيه تكرار الثاني والأخير، إذ المجهول لا نسب له معروف، فلا يتصور نفيه، تأمل الثاني في كلامه:، فإنه بناء على أن الزنى أعم من اللواط، وهو داخل فيه ويلزم عليه أن يكون قسم الشيء قسيمًا له، وكذلك في تأتي الأخيرة إلا أن، أو هنا يظهر أنها بمعنى الواو، وغايته يكون من عطف الخاص على العام لغير فائدة والله سبحانه أعلم.

الشَّيخ عن ابن حبيب: روى مُطَرِّف: من قال لرجل: ليست أمك فلانةلم يحد.

[باب الصيغة الصريحة للقذف]

الصيغة: صريحة وهي ما دل عليه بذاته[1]، فلا تقبل دعوى إرادة غيره.

الباجي: من قال لرجل: يا زان.

وقال: أردت أنه زان في الجبل.

يقال: زنأت في الجبل إذا صعدت.

قال أَصْبَغ: يحد ولا يقبل قوله إلا أن يكونا في ذلك الحال، وتبين أنه الذي أراده ولم يقله في مسابة.

قال ابن حبيب: يريد: ويحلف.

[باب في التعريض بالقذف]

وتعريض وهي ما دل عليه بقرينة بينة[2].

---

(1) قال الرَّصاع: أي ما دل على القذف بذاته، وأخرج بذلك التعريض؛ لأنه لا يدل عليه بالذات والصريح لا ينفع فيه دعوى ما يخالف اللفظ.

(2) قال الرَّصاع: قوله: (بقرينة) أخرج به الصريح.

وقوله: (بينة) أي: ظاهرة، أخرج به القرائن الخفية، قال ابن شاس مثل قوله: أما أنا فلست بزانٍ، وظاهر هذا أنه لا يقيد بالمشاتمة، وقد أطلق الصقلي المدَوَّنة، وقيدها ابن شاس.

(فإن قلت): الشَّيخ: ذكر هنا الصريح والتعريض، ولم يذكر الكناية، وابن الحاجب ذكر ثلاثة أشياء، وقال الكناية كذلك، كما إذا قال: يا رومي للعربي.

(قلت): شارحه: ذكر أن الفقهاء يجعلون اللفظ هنا على قسمين: صريح وما ليس بصريح، يطلقون عليه أنه تعريض، فإذا صح ذلك؛ فهذا هو الذي مر عليه الشَّيخ هنا، وهذا يقرب مما وقع للفقهاء في التعريض في الخطبة؛ لأنهم قالوا: الواقع من الرجل للمرأة، وهي في العدة إما وعد أو مواعدة أو تصريح بالخطبة أو تعريض، والتعريض في ذلك يرجع إلى كلام محتمل لقصد المتكلم، ويحتمل عدم قصده، والقرينة الحالية أو القولية تعين قصده، ودلالتها على قصده أرجح، وقالوا هناك: الكناية ترجع إلى ذكر الشيء وقصده بذكر لازمه.

=

فالأول: قول الرجل لا تفوتني بنفسك للمعتدة، والثاني: مثل لا يضع عصاه على عاتقه، فهذا ظاهر أن التعريض قريب مما ذكر، وأن التعريض يقابل الصريح، فعلى هذا يكون أطلق التعريض على ما يعم الكناية، ويكون اصطلاحًا مخالفًا لكلام أهل البيان.

(فإن قلت): فابن الحاجب سلك مسلكا أصحاب البيان في تفريقهم بين التعريض والكناية، قال: وفي ضمن ذلك أمران: أحدهما معرفته بعلم البيان.

الثاني: التنكيت على الفقهاء في مخالفتهم لعلم البيان، قال: وهذا يرجع إلى اختلاف الاصطلاح، إذ لا طائل تحته؛ بل لأن دلالة التعريض أقوى من الكناية، والوارد عن عمر الذي هو أصل في هذا الموضع؛ إنما هو في التعريض.

(فإن قلت): لما ذكر الشَّيخ: هذا الكلام، وسلم كلام ابن الحاجب في كون: ما أنا بزانٍ؛ أنه تعريض، وسلم قوله: يا رومي للعربي؛ أنه كناية، والحكم عنده سواء، فحقه أن يبين هنا اصطلاح أهل البيان أو بعض ما اصطلحوا عليه، حتى يصدق اسم كل واحد منها على محله.

(قلت): رأى ذلك ظاهرًا، ورأى كلامهم فيه اضطراب، وأحسن ما يقرب به ما هنا؛ كلام ابن الأثير قال: في المثل السائر الكناية ما دل على معنى يجوز حمله على جانبي الحقيقة والمجاز بوصف جامع بينهما، ويكون في المفرد والمركب والتعريض؛ هو اللفظ الدال على معنى لا من جهة للوضع الحقيقي أو المجازي؛ بل من جهة التلويح والإشارة، فيختص باللفظ المركب.

كقول من يتوقع صدقة: أنا محتاج؛ فهذا تعريض بالطلب، مع أنه لم يوضع له حقيقةً ولا مجازًا؛ وإنما فهم منه المعنى من عرض اللفظ أي: جانبه فهذا كلام إذا تأملته مع كلام صاحب الكشاف وكلام السكاكي؛ تجد فيه بعض مخالفة، وليس هذا محل بيانه، وفيه أبحاث لهم، فإذا قررنا كلام ابن الأثير وفهمناه؛ علمنا قصده؛ ومعناه أنك إذا قلت: فلان كثير الرماد؛ هذا كلام قابل للحقيقة والمجاز، لأجل وصف جامع بينهما، فيمكن أن يكون الإخبار عن كثرة الرماد، وهذا حقيقة، ويمكن أن يكون القصد لازم ذلك؛ وهو الكرم الناشئ عن كثرة الطبخ؛ وهو مجاز.

وأما التعريض: فهو لفظ دال على معنى لا من جهة احتمال الحقيقة أو المجاز؛ بل فهم ذلك وقصد من جهة التلويح والإشارة، كما إذا قال: أنا محتاج؛ فهذا دل على معنى، وهو طلب المحتاج من المحتاج إليه، مع أنه فهم منه ما ليس بحقيقة ولا مجاز؛ وإنما وقع الفهم من عرض أي: من ناحية اللفظ لسياق دل على القصد واللفظ، لا يدل على ذلك الطلب لا بالحقيقة ولا بالمجاز، مثل الكناية المذكورة في المثال.

وإذا تقرر ذلك فيقال ابن الحاجب رَحِمَهُ اللهُ: صير قوله: ما أنا بزانٍ؛ تعريضًا، وقال في: ما أنت بحر؛ أنه كناية، وكذا يا فارسي لعربي، فكيف يجري رسم ابن الأثير على ذلك.

(قلت): هذا يحتاج إلى تأمل والله سبحانه الموفق.

قال ابن شاس: كقوله: أما أنا لست بزان.

قُلتُ: إن قال رجل لرجل في مشاتمة: إني لعفيف الفرج، وما أنا بزان ففي الموازيَّة يحد.

قُلتُ: فقيد الحد في قوله: ما أنا بزان بكونه في مشاتمة.

وقيده ابن شاس بقوله: أما أنا.

وفي المدَوَّنة: من قال لرجل: ما أنا بزان، أو أخبرت أنك زان، ولم يقيدها الصقلي بشيء، وفي الموطأ تقييده بالمسابة.

الباجي عن ابن الماجِشُون: من قال لامرأة في مشاتمة: إني لعفيف، حد، ولو قاله لرجل حد إلا أن يدعي أنه أراد عفيف في المكسب والمطعم، فيحلف ولا يحد وينكل، ومن قال في مشاتمة: إنك لعفيف الفرج؛ حد.

الشَّيخ: روى ابن وَهْب: من قال لرجل: يا ابن العفيفة حلف ما أراد قذفًا، وعوقب أَصْبَغ إن كان على وجه المشاتمة حد.

وسمع أشهب في الذي يشهر بالمرأة في الشعر، فيوقف على ذلك، فيقول: قول قلته ليس له عندي أصل ما رأيت أحدًا حد في مثل هذا، ولم يزل الشعراء يقولون، فما رأيت من حد فيه إلا أن يكون الشيء البين جدًّا.

ابن رُشْد: رأيت لأبي بكر بن محمد أنه قال: المعروف لأصحابنا أن من كان في شعره تعريض بالقذف حد، فكأنما حمل قول مالك على أنه لا يحد فيه، وليس بصحيح؛ لأنه نص على حده إذا كان الشيء البين جدًّا؛ لأن للشعراء استعارات لطيفة، ومجازات بعيدة.

وقال ابن محرز في كتاب اللعان: من عرض لولده في القذف، لم يحد لبعده من التهمة في ولده، ولذا لم يقتل به إلا أن يتبين عمده.

وعزاه الشَّيخ في القذف لابن الماجِشُون، ومرة لمالك.

وفيها: من قال لعربي: يا مولى أو يا عبد حد.

وفيها: من قال لعربي: لست من العرب، أو قال له: يا حبشي أو يا فارسي أو يا

رومي حد، وإن قال لفارسي أو لبربري: يا عربي لم يحد.

واختلف قول مالك: فيمن قال لبربري أو لرومي: يا حبشي، هل يحد أو لا؟ وأرى أن لا حد عليه.

اللخمي: من قال لرجل: يا ابن اليهودي، أو يا ابن النصراني.

فقال ابن القاسم: يحد.

وقال أشهب: لا يحد.

قُلتُ: وربما أجريا على القولين في التكفير بنفي الصفات وعدمه.

قال: وكذا قوله: يا ابن الأقطع أو يا ابن الأعور، ويا ابن الأحمق أو يا ابن الأقرن أو يا ابن الآدم، وليس أحد من آبائه كذلك حد عند ابن القاسم، وعلى قول أشهب لا يحد.

وإن قال: يا ابن الحجام أو يا ابن الخياط، وليس في آبائه من عمل ذلك.

فقال ابن القاسم: إن كان المقول له ذلك من العرب حد، وإن كان من الموالي لم يحد.

وروى ابن وَهْب: يحد فيهما، إلا أن يكون من آبائه من عمل ذلك.

وقال أشهب: لا حد عليه فيهما، إن حلف أنه لم يرد نفيه من آبائه.

وفيها: من قال لرجل: زنى فرجك أو يدك أو رجلك حد.

الصقلي عن محمد: قال أشهب: لا يحد في قوله: زنت يداك أو رجلاك وينكل.

الباجي: من قال لرجل: ليس لك أصل ولا فصل، ففي الموازيَّة والعتبيَّة لا حد عليه.

وقال أشهب: يحد.

وقيل: إن كان من العرب، ففيه الحد، ولابن حبيب عن ابن الماجِشُون إن قاله في مشاتمة، فإن لم يكن من العرب؛ ففيه الأدب في الخفيف مع السجن، وإن قاله لعربي حد إلا أن يعذر بجهل، فيحلف ما أراد قطع نسبه، وعليه ما على من قاله لغير عربي، وإن لم يحلف حد.

وفي زاهي ابن شعبان: لو قال مولى لعربي: أنا خير منك حد، وقاله الزهري وكذا لو كانا ابني عم، قاله أحدهما لصاحبه، وفي هاتين المسألتين اختلاف، وبهذا أقول.

وروى اللخمي وغيره: من قال لرجل: لا أبى لك لا شيء عليه إلا أن يريد النفي، وهذا مما يقوله الناس في الرضا، ومن قاله في مشاتمة أو غضب، فهو شديد، ويحلف ما أراد نفيًا.

وفيها: إن قال له: أنت ابن فلان نسبة إلى جده، ولو في مشاتمة لم يحد، وكذا لو نسبه إلى جده لأمه، ولو نسبه إلى عمه أو خاله أو زوج أمه حد، وكذا إن نسبه إلى غير أبيه على غير سباب.

ولما ذكر الباجي قول ابن القاسم: لا يحد.

وقال أشهب: يحد، قال محمد: قول ابن القاسم أحب إلي إلا أن يعرف أنه أراد القذف، مثل أن يتهم الجد بأمه ونحوه، وإلا لم يحد قد ينسب إليه لشبهه في طبع أو خلق.

ثم ذكر قول ابن القاسم في نسبته إياه إلى عم أو خال أو زوج أم، قال: وقال أشهب: لا حد عليه إلا أن يقوله في مشاتمة.

وقاله أَصْبَغ ومحمد، قال أَصْبَغ: قد سمى الله تعالى العم أبًا، فقال تعالى: ﴿إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ﴾ [البقرة: 133] ونحوه.

ونقل اللخمي وابن شاس: وظاهره أو نصه أن قول أَصْبَغ كأشهب.

وقال ابن الحاجب: لو نسبه إلى جده في مشاتمة، لم يحد إلا ببيان القذف بخلاف عمه.

وقال أشهب: يحد فيهما.

وقال أَصْبَغ: لا يحد فيهما بخلاف خاله، وزوج أمه وما نقله عن أَصْبَغ خلاف نقل ما تقدم عنه، ولعله نص قول أَصْبَغ بالجد والعم من مفهوم استدلاله.

اللخمي: من قال لامرأة يا زانية، فقالت: بك زنيت.

فقال مالك: تحد للرجل وللزنا إلا أن تنزع عن قولها؛ فتحد للرجل فقط، ولا يحد

لها؛ لأنها صدقته.

وقال أشهب: إن نزعت، وقالت: ما قلت ذلك إلا على وجه المجاوبة، ولم أرد قذفًا، ولا إقرارًا؛ فلا تحد ويحد الرجل.

وقال أَصْبَغ: يحد كل منهما لصاحبه، وإن نزعت عن قولها، ولو قال ذلك لامرأته فأجابته بذلك.

فقال الشَّيخ عن عيسى عن ابن القاسم: لا حد عليها للقذف، وعليه الحد لها إلا أن يلاعن.

قال عيسى: لا حد عليه ولا لعان.

قال: وقال محمد عن ابن شهاب: من قال لرجل: يا زان، فأجابه: أنت أزنى مني أنه قذف منه، وإقرار بالزنا.

وهذا يؤيد قول ابن القاسم: وأبى ذلك مالك، وقال: يحدان جميعًا، وإليه نزع أَصْبَغ.

اللخمي: من قال لرجل: يا ابن الزانية، فأجابه بقوله: أخزى الله ابن الزانية.

فقال ابن القاسم: يحلف المجيب أنه ما أراد قذفًا، فإن لم يحلف سجن حتى يحلف.

وقال أَصْبَغ: هو معرض، ويحد ثمانين، وقول ابن القاسم أبين.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم، في مسلم قال لنصراني: يا ابن الفاعلة، فقال له: أخزى الله ابن الفاعلة، يحلف النصراني بالله ما أراد قذفًا، فإن لم يحلف سجن حتى يحلف، وقال أَصْبَغ: يحد؛ لأنه جواب في مشاتمة، فهو تعريض.

ابن رُشْد: إن طال أمره ولم يحلف تخرج على قولين: أحدهما: أنه يطلق ولا يكون عليه شيء، والثاني: أنه يحد.

وفيها: من قال لزوجته: زنيت وأنت مستكرهة، أو قال ذلك لأجنبية لاعن للزوجة وحد للأجنبية، ولو جاء في هذا ببينة لم يحد.

الصقلي في الموازيَّة: يحد وإن أقام البينة؛ لأنها ليست بذلك زانية.

وعزاه اللخمي لمحمد وسَحنون، وحملاه على إرادة التعريض بما كان طوعًا؛ لأن

المستكرهة لا ينسب الفعل إليها.

فيقال لها: زنيت، وإنما يقال: زني بها، والأول أبين؛ لأن ذلك مما لا تميزه العامة.

قُلتُ: فينتج الفرق بين العامي وغيره.

اللخمي: قال ابن القاسم: من قال لزوجته: زنيت وأنت صبية أو أنت نصرانيَّة أو مستكرهة لاعن؛ لأنه قاذف أو معرض.

وعلى قول أشهب وعبد الملك: لا لعان عليه، إذا أثبت ما رماها به، وهو أحسن، ولم يذكر ابن القاسم صفة لعانه، ويشبه أنه إن شهد أربع شهادات بالله أنه لم يرد تعريضًا؛ وإنما أراد ما أثبت أنه كان في الصبا أو الكفر، ولا لعان عليها.

وفيها: من قال لعبد أو أمة قد عتقا: زنيتما في حال رقكما، أو قال لهما: يا زانيان، ثم أقام بينة أنهما زنيا في الرق، لم يحد؛ لأن اسم الزنا لازم لهما في حال الرق، وإن لم تقم البينة حد.

ولو قال: زنيتما في حال الصبا أو الكفر، وأقام بذلك بينة، لم ينفعه ذلك، وحد؛ لأن هذا لا يقع عليه اسم زنا.

اللخمي: ولو قال: لمن يعرض له جنون، ثم يفيق: يا زان، أو زنيت وأنت مجنون.

فعلى قول ابن القاسم: يحد ولو أثبت ذلك.

وعلى قول عبد الملك: لا يحد إن أثبت ذلك.

وعلى قول أشهب: يحد إن قاله في مشاتمة، وإن قاله في غير مشاتمة لم يحد، وإن لم يثبت ذلك.

قُلتُ: دليل قول ابن القاسم، أنه غير منصوص له.

وفيها: في أوائل الرجم: ويحد قاذف المجنون، وكان يجري لنا مناقضتها بقولها في القذف: كل ما لا يقام فيه الحد ليس على من رمى به رجلًا حد الفرية، ويجاب بحمل قولها في الرجم على المجنون الذي يفيق أحيانًا.

الشَّيخ في الموازيَّة: من قال لجماعة: أحدكم زان أو ابن زانية لم يحد، إذ لا يعرف من

أراد، وإن قام به جماعتهم.

فقد قيل: لا يحد، ولو ادعى أحدهم أنه أراده، لم يقبل منه إلا بالبيان أنه أراده.

وقال ابن رُشْد في رسم العرية، من سماع عيسى ما حكاه ابن المواز: أنه قد قيل لا يحد، وقد قام به جماعتهم بعيد؛ لأنه يعلم أنه قال: أحدهم، فلا حجة له إذا قام به جميعهم، ووجه على بعده أنه لما جهل المقذوف منهم لم يحد؛ لأن الحد، إنما هو لإسقاط المعرة عن المقذوف، والمعرة لم تلحق بواحد منهم بعينه، فيحد له ولا لجميعهم، إذ لم يقذف إلا واحدًا منهم.

وسمع عيسى ابن القاسم: من قال لرجل يا زوج الزانية، وتحته امرأتان، فعفت واحدة، وطلبت الأخرى حدها، إن حلف أنه ما أراد بالقذف إلا التي عفت برئ، فإن نكل حد.

ابن رُشْد: وكذا لو كانت إحداهما قد ماتت، وقامت الحيَّة بحدها؛ لكان القول قوله مع يمينه، أنه إنما أراد الميتة.

وذكر الباجي مسألة عيسى لابن القاسم في العتبيَّة والواضحة، قال: وهذا خلاف ما ذكر محمد في القائل لجماعة: أحدكم زان ويحتمل أن الجماعة في مسألة محمد خرجوا بكثرتهم عن حد التعيين، وأن الاثنين وما قرب في حد التعيين.

الشَّيخ عن محمد: من قال لرجل: يا قرنان حد، إن قامت به امرأته؛ لأنه عند الناس زوج الفاعلة، وقاله ابن القاسم.

وقال يحيى بن عمر: لا يحد ويضرب عشرين سوطًا.

قال ابن شاس: قال القاضي أبو عبد الله بن هارون المالكي البصري: من قال لرجل: يا نغل حد؛ لأنه قذف، ولو قال الرجل لنفسه: أنا نغل حد؛ لأنه قذف أمه، وكذا لو نسب نفسه لبطن أو نسب أو عشيرة غير بطنه ونسبه وعشيرته حد؛ لأنه قذف أمه.

قُلتُ: واللفظة بالنون والغين المعجمة.

قال الجوهري: نغل الأديم بالكسر أي: فسد، فهو نغل، ومنه قولهم: فلان نغل إذا

كان فاسد النسب.

قُلتُ: فينبغي ضبط الغين بالكسر على وزن حذر.

قال ابن عبد السلام: وطرد هذا أن من قال لرجل: يا ولد زنى، ثم عفا المقول له ذلك عن القاذف أن للأم القيام بحقها في الحد.

قُلتُ: وهذا اللازم حق، وهو مقتضى قولها: ومن قال لعبده وأبواه حران مسلمان: لست لأبيك، ضرب سيده الحد.

وقال اللخمي: وذكر سَحنون عن أشهب: لا حد على من قطع نسب عبد، وإن كان أبواه حرين؛ لأنه يصح أنها أتت به، وزعمت أنها ولدته؛ فلا يكون قذفًا لواحد منهما.

وفيها: من قذف ولده أو ولد ابنه، أو ولد ابنته، فقد استثقل مالك، أن يحد: لولده وقال: ليس ذلك من البر.

ابن القاسم: إن قام بحقه حد له، ويجوز عفوه عنه عند الإمام، وكذا ولد الولد.

زاد الشَّيخ عنه في الموازيَّة: يحد له، ثم لا تقبل شهادة الولد في شيء، لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: 23]، وهذا يضرب بظهره.

ولابن حبيب عن أَصْبَغ: لا يحد له أصلًا.

واستشكل الشَّيخ عز الدين الحكم له بحده مع تجريحه؛ لأن الحاكم لا يحكم بمعصية.

وذكر ابن عبد السلام الخلاف في حده لابنه بصريح القذف وتعريضه.

وتقدم لابن محرز عن المذهب.

وللشيخ عن ابن الماجِشُون: أنه لا يحد في تعريضه بابنه.

وفيها: من قال لبنيه: ليسوا بولدي، فقام عليه إخوتهم لأمهم من رجل غيره بحده وقد ماتت، إن حلف أنه لم يرد قذفًا؛ وإنما أراد في قلة طاعتهم لم يحد، وإن نكل حد.

وسمع ابن القاسم: من شتمه خاله أو عمه أو جده لا أرى له عليهم شيئًا، إن كان على وجه الأدب له، وكأني رأيت مالكًا لا يرى الأخ مثلهم إذا شتمه.

ابن القاسم: ولو قذفه عمه أو جده أو خاله؛ حد له.

ابن رُشْد: قوله في الأخ يريد: إن قاربه في السن والحال، وإن كان له عليه فضل في السن والسداد والعقل والفضل ما يشبه أن يكون شتمه إياه أدبًا كان كالجد والعم.

وقول ابن شاس: والملاعنة وابنها كغيرها واضح في نسبها إلى الزنا، لعدم نفي عفتها بما اتصفا به.

وفيها: من قال لابن الملاعنة: لا أب لك حد، إن كان على وجه المشاتمة، وإلا فلا حد عليه.

وقدر حده: على الحر ثمانون ذكرًا أو أنثى، وشطرها على ذي رق منهما.

باب في شرط وجوب حد القذف

وشرط وجوبه: تكليف القاذف(1) نصوص المذهب واضحة بذلك.

باب في شرط الحد المقذوف بفعل الزنا

وشرط المقذوف بفعله: بلوغه وإسلامه وعفافه وحريته وعقله حين رميه بالفاحشة(2)؛ لما تقدم من قولها: كل ما لا يقام فيه الحد ليس على من رمى به رجلًا حد

---

(1) قال الرَّصاع: قال: تكليف القاذف، اقتصر: عليه قال: ونصوص المذهب واضحة بذلك وذلك يستلزم البلوغ والعقل.

(فإن قلت): السكران فيه خلاف والصحيح حده إذا قذف.

(قلت): لعله عذره ورآه غير مكلف.

(2) قال الرَّصاع: قوله: (بلوغه) أخرج الصبي إذا رماه بالفاحشة.

قوله: (إسلامه) أخرج الكافر كذلك.

(قلت): إذا قذف كافرا؛ فظاهره أنه لا حد عليه، وإذا قذف مسلمًا، ثم ارتد ما حكمه.

(قلت): نصها أنه لا يحد قاذفه.

(فإن قلت): وهل يصدق حده على هذه الصورة.

(قلت): يظهر أنه كذلك والله سبحانه أعلم.

وقوله: (وعفافه) أخرج غير العفيف، وسيأتي تفسيره له.

الفرية، وهو خلاف ما وقفت عليه في زاهي ابن شعبان: من رمى امرأته ببينة فعليه الحد، وقاله الزهري وكذا من رمى به من يأمن الرجال.

وقال ربيعة: فيه النكال، ومطيقة الوطء كالبالغة لقولها: من قذف صبية لم تبلغ المحيض، ومثلها يوطأ فعليه الحد.

اللخمي: اختلف إذا كانت في سن من تجامع.

فقال مالك وغيره من أصحابه: يحد لها.

وقال ابن الجهم وابن عبد الحكم: لا حد عليه، والأول أحسن للحوق المعرة لها بذلك.

[باب في شرط الحد في المقذوف المنفي]

وشرطه في النفي: إسلامه(1)؛ لقولها: من قال لرجل مسلم: لست لأبيك وأبواه

=

قوله: (وحريته) أخرج العبد إذا رماه.

قوله: (وعقله) أخرج المجنون إذا رماه بالفاحشة حين الجنون، ولما ذكر: هذا الرسم لمن قذف ورمى بالزنا إذا قام بالحد، قال ما معناه: إنما قلنا ذلك؛ لأنه تقدم في المدَوَّنة كل ما لا يقام فيه الحد ليس على من رمى رجلاً به حد الفرية.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: وهذا خلاف ما وقع في الزاهي: أن من رمى امرأة ببهيمة؛ فعليه الحد.

(فإن قلت): قول الشَّيخ بلوغه حقه، أن يقول إطاقته للوطء؛ لأنه نص فيها على أن المطيقة للوطء كالبالغة؛ لأنه قال فيها من قذف صبية ومثلها يوطأ؛ عليه الحد، ونقل اللخمي عن ابن الجهم، وابن عبد الحكم: لا حد.

(قلت): لعل ضابطه للمتفق عليه، وفيه نظر، والله سبحانه أعلم، وحقه أيضًا أن يذكر في الشرط آلة الجماع ليخرج به المحصور والمجبوب.

(فإن قلت): قال ابن الحاجب ويختص البلوغ والعفاف بغير المنفي.

(قلت): الشَّيخ لا يحتاج لذكر ذلك؛ لأن المعرف عنده، إنما هو المقذوف المقيد، وعند ابن الحاجب المطلق فناسب ما ذكر بعد من التقييد، ولذا قال الشَّيخ: في هذا الكلام صوابٌ لوضوح النصوص قال فيها: ويحد من قطع نسبًا مطلقًا لا بقيد بلوغه وعفافه.

(1) قال الرَّصاع: قوله: (إسلامه) يعني: أنه لا يشترط إلا الإسلام في المقذوف المذكور، ولا يشترط =

نصرانيان جلد الحد، وإن كان أبوه عبدًا مسلمًا فإنه يحد؛ لأنه نفاه، وكذا إن قال له: لست ابن فلان لجده وجده كافر.

وإسلام أبويه أو حريتهما؛ لقولها: ومن قال لعبده وأبواه حران مسلمان: لست لأبيك، ضرب سيده الحد، فإن كان أبو العبد قد مات، ولا وارث لهما أو لهما وارث؛

بلوغه ولا حريته ولا عفافه، ولذا قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: قال في المدَوَّنة: من قال لرجل مسلم لست لأبيك، وأبواه نصرانيان؛ جلد الحد.

ثم قال فيها: ومن قال لعبده وأبواه حران: لست لأبيك ضرب سيده الحد.

(فإن قيل): كيف يصح استدلاله: بنصها في الموضعين، (قلت): لأنه ذكر الإسلام ولم يقيده ببلوغ ولا غيره.

ثم قال الشَّيخ: وقول ابن الحاجب: ويشترط في المنفي شرط من يحد قاذفه لا في أبويه؛ لأن الحد له، قال قبله الشَّيخ ابن عبد السلام: وهو مردود بما تقدم من نص المدَوَّنة، فيمن قال لعبده وأبواه حران... إلخ، قال: فتأمله، وبيان الرد عليه من نصها واضح؛ لأنه فيها نص على الحد في نفي نسب العبد كما قدمنا؛ فصح الرد بها على قول ابن الحاجب هنا، ومن قبله، ووقع للخمي ما يخالف قولها، وقد أشار إليه الشَّيخ بعد هذا.

(فإن قلت): قال ابن الحاجب: ويختص البلوغ والعفاف بغير المنفي، وصوبه الشَّيخ بنصها، ونص غيرها، وكيف صح تصويبه وقد أسقط ما يختص به المرمي بالزنا؛ وهو العقل ويختص بالحرية، وما استدل به من عمومها يدل عليه.

(قلت): يمكن ما قال وبه يتعين بطلان تعليله بقوله؛ لأن الحد له وبيان بطلان التعليل المذكور؛ أن يقال لو صح: أن العلة ما ذكر من أن القذف للمنفي نسبه؛ لكان مثل المقذوف بفعل الزنا، وإذا صح ذلك؛ لزم وجود شروط الأول في الثاني كليًا، والتالي باطل بنصها.

بيان الملازمة: أن المثلين يشتركان في الأحكام اللازمة لهما؛ فصح أن الحد لم يكن للمنفي نسبه.

قوله: ولذا فرق بين يا ابن الزنى أو الزانية ويا ابن زنية.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: الفرق المذكور للفرق بين القذف بفعل الزنا، وبين القذف بنفي النسب؛ لأنه إذا كان لابن زانية فلا نسب له، قال: ولا يرفع هذا التفريق التعقب عليه بمسألة المدَوَّنة المذكورة، وتأمل هذا الكلام من الشَّيخ: ما معناه، وتأمل ما ذكره شيخه في تقريره، فإنه قال: ولأجل ما ذكرته من الاشتراط في المنفي دون أبويه يسقط الحد عمن قال لمسلم أبواه كافران أو عبدان: يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية؛ لأن القذف إنما هو نسبة الكافر أو الكافرة إلى الزنا، وذلك لا يوجب الحد لاختلال شرط الإسلام، ويجب الحد في يا ابن الزانية؛ لأنه قطع لنسبه فتأمله.

فللعبد أن يحد لسيده في ذلك، وفي الاكتفاء بإسلام أبيه وحريته دون أمه اختلاف.

وقول ابن الحاجب: ويختص البلوغ والعفاف بغير المنفي صواب لوضوح النصوص فيها، وفي غيرها يحد من قطع نسب مسلم مطلقًا لا بقيد بلوغه ولا عفافه كقولها: وإن قال له: ليس أبوك الكافر ابن أبيه؛ لم يحد، حتى يقول للمسلم: لست من ولد فلان، ونحوه في غيرها.

قال ابن الحاجب: ويشترط في المنفي شرط من يحد قاذفه لا في أبويه؛ لأن الحد له، فقبله ابن عبد السلام، وهو مردود لما تقدم من قولها: ومن قال لعبده وأبواه حران مسلمان... إلخ فتأمله، وبه يتبين بطلان تعليله بقوله: لأن الحد له.

وقوله: ولذا فرق بين يا ابن الزاني أو الزانية، وبين يا ابن زنية.

قُلتُ: الفرق المذكور راجع للفرق بين القذف بفعل الزنا، وبين القذف بقطع النسب؛ لأنه إذا كان ابن زنية، فلا نسب له، ولا يرفع هذا الذي ذكره من التفريق التعقب عليه بمسألة المدَوَّنة المذكورة فتأمله.

اللخمي: أقسام المسألة ثمانية:

الأول: إن كان جميعهم عبيدًا؛ فلا حد.

الثاني: عكسه يحد لقطع نسب الولد، وقذف الأم كمن قذف جماعة، أو واحدًا وقطع نسب آخر.

الثالث: كون الابن وحده حرًّا؛ يحد لقطع نسبه، وينكل لأبويه.

الرابع: كون الأم وحدها حرة؛ يحد لقذفها فقط.

الخامس: كون الأب حرًّا فقط؛ لا حد فيه؛ لأنه قطع نسب عبد، وقذف أمة.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم من قولها.

إن قال لعبده: لست لأبيك، وأبوه مسلم وأمه كافرة أو أمة.

قال السادس: كون الأب والأم حرين؛ يحد لهما.

السابع: كون الأب والأم حرين؛ يحد لقطع النسب فقط.

الثامن: كون الأبوين حرين فقط؛ يحد لقذف الأم خاصة.

وفي حمل قصد قاطع النسب على تزنيته الأب أو الأم، ثالثها: نفيهما لاحتمال أنها أتت به ولم تلده.

لمالك فيها، وأشهب في الموازيَّة، ولسَحنون عنه، وأحسن الأقوال قول من قال: إن انقطاعه من قبل الأم؛ لأنه مقصد الناس لأمهم يرون أن الفساد من قبل الأم، ولو سمع أن أمه كانت تعذرت عليها الولادة، وأنها جاءت به، وقال: ذلك أردت؛ لم يحد إن كان الولد عبدًا، وإن كان الأبوان حرين.

وقال ابن القاسم: من قال لميت: ليس فلان لأبيه، فقام أبوه بحده، وقال: قطع نسب ولدي مني حد، فجعل قيامه لقطع نسب ولده؛ لأنه زناه، وإنما هو قاذف للأم فإن عفا قامت الأم أو وارثها، وعلى القول الآخر يكون القيام للأب لقذفه.

[باب العفاف الموجب حد قاذفه]

وعفاف المقذوف الموجب حد قاذفه: مسائل المدَوَّنة وغيرها واضحة، بأنه السلامة من فعل الزنا قبل قذفه وبعده، ومن ثبوت حده لاستلزامه إياه[1]، كقوله:

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ كقولها: رأيتكما تزنيان في صبائكما أو كفركما، وأقام بذلك بينة حد؛ لأن هذا لا يقع عليه اسم زنى.

قوله: (السلامة) جنس للعفاف.

قوله: (من زنا) أخرج به السلامة من السرقة، وإن كان عفافًا هناك.

قوله: (قبله)، يعني: قبل قذف القاذف لم يقع في زنا، وبعد قذفه كذلك، وقبل حده؛ لأن من قذف رجلا ثم زنى لم يحد له القاذف.

قوله: (ومن ثبوت حده) عطف على من فعله، وضمير حده يعود على الزنا.

قوله: (لاستلزامه إياه) يعني: لأن ثبوت حد الزنا يستلزم الزنا.

قوله: (كقولها) هذا يحتاج إلى تأمل في قول الشَّيخ في التشبيه لأي شيء هو يرجع، وظهر لي أنه راجع لقوله: (السلامة من فعل الزنا) يعني: العفيف الذي سلم من فعل يسمى زنا شرعًا فمن قذف رجلاً بأنه زنى في صغره أو وهو كافر، وأقام بينة على قذفه؛ فأنه يحد ولا ينفعه؛ لأن المقذوف عفيف؛ لأن ما وقع لا يسمى زنا شرعًا.

(فإن قلت): قوله وثبوت حده، قد قلت أن الضمير يعود على الزنا، ويكون ثبوت الحد قبل القذف

رأيتكما تزنيان في صباكما أو كفركما، وأقام بذلك بينة حد؛ لأن هذا لا يقع عليه اسم زنى إلى غير ذلك من مسائل المذهب.

ابن حارث: اتفقوا فيمن قذف رجلًا، وأتى بشاهدين أنهما حضرا سلطانًا يقيم عليه حد الزنا، أن ذلك لا يجزئ القاذف إلا أربعة شهداء بذلك، وهل على الشاهدين بذلك حد القذف، رواية محمد، وقول ابن الماجِشُون.

وفيها: ومن قذف رجلًا بالزنا؛ فعليه الحد، وليس له أن يحلف المقذوف أنه ليس بزان، وإن علم المقذوف من نفسه أنه كان زنى؛ فحلال له أن يحده، ولما ذكر اللخمي قول مالك هذا، قال: وقال محمد بن عبد الحَكم: لا يحل له أن يقوم بحده.

وقال ابن القاسم في سماع أبي زيد: إذا كان المقذوف يعلم أن القاذف رآه، وهو يعلم ذلك منه، لم يحل له أن يقوم به، وقول ابن عبد الحكم أحسن؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: 4]، وهذا ليس بمحصن.

قال ابن شاس: قال الأستاذ أبو بكر: العفاف أن لا يكون معروفًا بالقيان ومواضع الفساد والزنا.

قُلتُ: وظاهر نصوص المذهب خلافه.

وفيها: من قذف رجلًا، ثم ارتد المقذوف؛ لم يحد قاذفه، ولو رجع إلى الإسلام لم يحد له، كمن قذف رجلًا بالزنا، فلم يحد له حتى زنى المقذوف؛ فلا يحد قاذفه.

وفيها: من قذف ميتًا فلولده، وإن سفل ولأبيه، وإن علا القيام بذلك، والأبعد كالأقرب وليس للإخوة وسائر العصبة مع هؤلاء قيام، فإن لم يكن من هؤلاء أحد فللعصبة القيام، وللأخوات والجدات القيام، إلا أن يكون له ولد، وإن مات ولا وارث له؛ فأوصى بالقيام بقذفه، فلوصيه القيام به.

=

وبعد القذف وقبل الحد؛ وهذا صحيح كما تقدم في الزنا، لكن ذكر الأستاذ أبو بكر أن العفاف أن لا يكون معروفًا بالعيان، ومواضع الفساد والزنا، وهذا يخالف ما ذكره الشَّيخ: في قيود رسمه.

(قلت): قد نقله الشَّيخ بعد، وقال نصوص المذهب على خلافه؛ ولذلك خص المحدود بقيود خاصة لا أنه عرف مطلق عفاف، والله سبحانه أعلم وهو الموفق.

اللخمي: إن مات المقذوف وقد عفا، فلا قيام لوارثه، وإن أوصى بالقيام به، لم يكن لوارثه عفو، فإن لم يعف ولم يوص، فالحق لوارثه العاصب من انفرد به من عاصب فله القيام به.

ثم ذكر ما تقدم من لفظها، قال: فأدخل النساء والعصبة في القيام.

وفي كتاب محمد: أما الإخوة والبنات والجدات، وغير أب أو ابن؛ فلا قيام له إلا أن يوصيه، فأسقط الإخوة والعصبة وسائر النساء.

وقال أشهب: ذلك للأقرب فالأقرب، وأما بنت البنت والزوجة فلا.

وفيها: وأما الغائب، فليس لولده ولا لغيره القيام بقذفه.

اللخمي: من قربت غيبته لم يقم بحده غيره، وكتب له في ذلك، فإن بعدت غيبته.

فقال ابن القاسم في الموازيَّة: لا يقم بحده ولد ولا غيره.

محمد: وقيل ذلك لولده زاد في الواضحة لأبيه وأمه وعلى عدم حده.

قال ابن الماجِشُون: يسجن حتى يقدم من له عفو أو قيام، وظاهر المدَوَّنة أنه لا يعرض له بشيء.

قال: وإن لم يحلف من سبه يقوم بذلك، ولا أوصى به لم يقم به، وهذا على أنه حق للمقذوف، وعلى أنه حق لله يقوم به الإمام.

قُلتُ: وفي سرقتها، ولو سمع الإمام رجلًا يقذف رجلًا، ومعه من ثبتت شهادته عليه أقام عليه الإمام الحد.

فيها لمالك: من قذف ناسًا شتى في مجالس، فحده لأحدهم حد لجميعهم، وإن لم يعلم بهم حين حده.

اللخمي: وقال المغيرة وابن دينار: إن اجتمعوا وقاموا به؛ حد لهم حدًّا واحدًا، وإن افترقوا، فلكل واحد حده.

وذكر ابن شعبان قولًا ثالثًا: أنه يحد بعدد من رمى كان القذف مفترقًا أو في كلمة واحدة.

وقال ابن رُشْد في رسم العرية، من سماع عيسى: خالف المغيرة جميع أصحاب

مالك، وقوله هو القياس؛ لأنهم قالوا: القتل يأتي على كل الحدود، إلا الفرية؛ فإنه يحد ثم يقتل.

وفيها: مع سَماع عيسى: من قذف قومًا، فلم يقوموا عليه حتى حد في شرب خمر، فقد سقط عنه في كل فرية كانت قبله.

ابن رُشْد: لأنهما من جنس.

قُلتُ: وقال اللخمي: هذا أبعد من الأول؛ لأن حد الخمر لا يرفع معرة القذف.

ابن حارث: روى ابن القاسم: وقال أشهب: لا يدخل حد القذف في حد الزنا، ويقام عليه الحدان.

وقال ابن الماجِشُون: يدخل حد الفرية في حد الزنا.

قال ابن الحاجب: ولو قذف قذفات لواحد أو جماعة؛ فحد واحد على الأصح، وثالثها: إن كان بكلمة واحدة، فتعقبوه بأن ظاهره ثبوت الأقوال في الواحد والجماعة؛ وإنما هي في الجماعة حسبما تقدم.

قال اللخمي: إن كان يشرب الخمر مرارًا، أو زنى مرارًا، أو افترى على رجل مرارًا؛ أجزأ في ذلك حد واحد، واختلف إن قذف جماعة.

وفي رجمها: من قذف رجلًا، فحد له، ثم قذف ثانية؛ حد له ثانية.

وفي الكافي لابن عمر: من قذف إنسانًا واحدًا مرارًا؛ حد له حدًّا واحدًا، فإذا حد له ثم عاد فقذفه؛ لم يكن عليه شيء، ويزجر عن ذلك.

قُلتُ: وفي اختصاره على هذا النقل دون ما في المدَوَّنة وغيرها نظر.

وقال اللخمي: إن قال له بعد الضرب: صدقت عليك أو ما كذبت، جلد ثمانين؛ لأنه قذف موثق.

وقيل: لا شيء عليه إلا العقوبة في تماديه على ذلك، وقد كان أبو بكرة متماديًا على قوله، كما تقدم في الشهادات.

وفيها: من قذف رجلاً، فلما ضرب أسواطًا قذفه ثانيًا أو آخر، ابتدئ الحد عليه ثمانين من حين يقذفه، ولا يعتد بما مضى من السياط.

الباجي لابن الماجِشُون: إن مضى مثل الأسواط اليسيرة.

قال أشهب: والعشرة الأسواط يسيرة؛ تمادى وأجزأ لهما.

ولابن القاسم في الموازيَّة: إن جلد للأول شيئًا، ثم قذف آخر استأنف الحد، وإن بقي مثل أسواط أو سوطًا تم، ثم حد للثاني.

محمد: وكذا إن بقي مثل العشرة والخمسة عشر، فليتم الحد ويأتنف.

قال أشهب: وإن ضرب نصف الحد، وأكثر أو أقل قليلًا، وليؤتنف من حينئذ الحد.

وقال ابن الماجِشُون: يبتدأ لهما، فهو على قول أشهب ثلاثة أقسام: قسم إن ذهب اليسير تمادى وأجزأ الحد لهما.

وقسم: إن مضى نصف الحد أو نحوه استأنف لهما؛ فكان ما بقي من الحد الأول لهما، ثم يتمم للمقذوف الثاني بقية حده.

وقسم ثالث: إن لم يبقَ إلا اليسير، فإنه يتم للأول ويستأنف للثاني.

وعلى مذهب ابن القاسم: قسمان:

أحدهما: يستأنف من حين القذف الثاني لهما، ولا يحتسب بما مضى من الأول.

الثاني: أن يبقى اليسير، فيتم الأول، ويستأنف للثاني، فيتم حد الأول، ثم يستأنف الحد الثاني، فلا يتداخل الحدان.

ابن رُشْد في المقدمات: لا خلاف أن القذف حق للمقذوف، واختلف هل يتعلق به حق لله أم لا على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن فيه حقًّا لله، فلا يجوز فيه العفو، بلغ الإمام أم لا، وهو دليل سماع أشهب، وعليه يقيمه الإمام إن انتهى إليه رفعه صاحبه أو أجنبي.

والثاني: لا حق فيه لله، ولصاحبه العفو بلغ الإمام أم لا، وهو أحد قولي مالك في السرقة والرجم من المدَوَّنة.

والثالث: حق لصاحبه ما لم يبلغِ الإمام، فإذا بلغه صار حقًّا لله، ولم يجز لصاحبه العفو عنه؛ إلا أن يريد سترًا، وهو أحد قولي مالك.

ووقع في المَدَوَّنة: فيمن قذف رجلًا عند الإمام، وهو غائب أنه يقيم عليه الحد إذا كان معه شهود.

فقال محمد: معناه إذا جاء المقذوف، وقام بحقه على أحد قولي مالك.

ولابن حبيب عن ابن القاسم وغيره: يقيمه عليه، وإن كان المقذوف غائبًا، وهذا على قول مالك الآخر.

اللخمي: اختلف قول مالك في حد القذف، هل هو حق له أو للقذف؟ فجعله مرة للمقذوف؛ فأجاز عفوه عنه، وإن بلغ الإمام، ومرة جعله لله، فلم يجز عفوه، ولو قبل الإمام؛ إلا أن يريد سترًا، ولم يختلف أن عفوه جائز، إذا أراد سترًا، وهذا يحسن فيمن لم يعرف بذلك، وكان ذلك منه فلتة.

قال ابن الحاجب: وحد القذف من حقوق الآدميين على الأصح.

ثم قال: وعليهما تحليفه عليه.

قال ابن عبد السلام: أما عدم توجه هذه الدعوى على أنه حق لله فصحيح، وأما توجهها على كونه حقًّا لآدمي؛ ففيه نظر إلا لو كان حقًّا ماليًا، وأما إذا كان حقًّا بدنيًّا فلا يلزم.

وقد قال أشهب – وقدمناه-: إن القاتل إذا ادعى على ولي الدم أنه عفا عنه لم تتوجه عليه هذه الدعوى أي: لم يحلف لها.

قُلتُ: في كلامه هذا وهم من وجهين:

الأول: أن القاعدة أنه لا يستشكل التخريج المطلق على أصل المذهب، إلا لمخالفته المشهور، لا لمخالفته غير المشهور، مع موافقته المشهور، واستشكاله هذا؛ إنما يتقرر على قول أشهب، وليس بمشهور المذهب، ولا سالم عن مخالفته المشهور، وبيانه أنه بناه على قول أشهب، بعدم توجه دعوى العفو عن الدم.

والمشهور صحة توجهها في كتاب الديات منها ما نصه: وإن ادعى القاتل أن ولي الدم عفا عنه، فله أن يستحلفه؛ فإن نكل ردت اليمين على القاتل، وإن ادعى القاتل بينة بعيدة على العفو تلوم له الإمام.

الصقلي: يحلف يمينًا واحدة لا خمسين يمينًا؛ لأن المدعى عليه، إنما كان يحلف يمينًا واحدة أنه ما عفا عنه، فهي اليمين المردودة، ولم يذكر في المسألة خلافًا.

وقال عياض في المسألة: قالوا: يخرج منه إلزام اليمين في الدعوى المجردة، وفي دعوى المعروف من هبة وكراء المسكن وهبته، ودعوى الإقالة وشبهه، وهو أصل متنازع فيه، ولهذا لم ير أشهب في مسألة العفو يمينًا، واختلف شُيُوخنا في التنازع فيه.

فقيل: هو اختلاف من قوله في الباب كله.

وقيل: بل هو اختلاف حال، فلا يلزم اليمين بمجرد الدعوى، وتلزمه مع وجود التهمة.

الثاني: أن من طالع كلامه هذا يعتقد أن المذهب أو المعروف منه عدم توجه دعوى العفو عن الدم، وذلك مغلطة فتأمله منصفًا.

وفي الأقضية منها: وإذا سمع السلطان قذفًا، فإن كان معه شهود، لم يجز فيه عفو الطالب؛ إلا أن يريد سترًا، مثل أن يخاف أن يثبت ذلك عليه إن لم يعف.

قيل لمالك: وكيف نعرف ذلك؟ قال: سئل الإمام عن ذلك سرًّا، فإن أخبر أن ذلك أمر قد سمع، أجاز عفوه.

الشَّيخ عن الموازيَّة: معنى إذا أراد سترًا.

قال مالك: مثل أن يكون ضرب الحد قديمًا؛ فيخاف أن يظهر ذلك عليه الآن.

وقال ابن الماجِشُون: قول مالك: إذا أراد سترًا، يعني إذا كان مثله يفعل ذلك، ولا يكلف أن يقول: أردت سترًا؛ لأن قول ذلك عار، فأما العفيف الفاضل، فلا يجوز عفوه.

الصقلي عن محمد: وهذا إذا قذفه في نفسه، وإن قذف أبويه أو أحدهما، وقد مات المقذوف، لم يجز العفو فيه بعد بلوغ الإمام، وقاله ابن القاسم وأشهب.

قُلتُ: وفي النوادر قال: قال محمد: ويجوز عفو الولد عن الأب عند الإمام، قاله مالك، قال: ويجوز عفوه عن جده لأبيه عند الإمام كأبيه، وأما عن جده لأمه فلا.

قُلتُ: مقتضى قولها في نسبه إلى جده لأمه أنه كنسبه إلى جده لأبيه أنهما سواء.

الشَّيخ: في الموازيَّة وسماع ابن القاسم: من ادعى على رجل أنه قذفه ولا بينة له؛ فلا يمين في ذلك إلا أن يقيم شاهدًا فيحلف، وإن نكل سجن أبدًا حتى يحلف، وقاله ابن القاسم.

قال محمد: لم يختلف أصحاب مالك، أنه يحبس أبدًا حتى يحلف.

قال أَصْبَغ عن ابن القاسم: إن طال سجنه خلي، والطول فيه سنة.

قُلتُ: مسألة العتبيَّة هي في رسم الشجرة، وفي لفظها لم يختلفوا أنه قال: يسجن حتى يحلف.

ابن رُشْد: اختلف إن لم تكن له بينة على دعواه على ثلاثة أقوال:

أحدها قوله: في هذا السماع.

والثاني قوله في رسم العقول والجنائز من كتاب الجنايات، أن عليه اليمين.

والثالث سماع أَصْبَغ في الجنايات: لا يمين عليه إلا أن يكون مشهورًا بذلك، فإن حلف -على القول بحلفه- برئ وإن نكل سجن حتى يحلف ما لم يطل ذلك، فإن طال خلي ولم يؤدب.

وقال أَصْبَغ: يؤدب إن كان معروفًا بالأذى، واختلف إن كان له شاهد واحد على دعواه على ثلاثة أقوال:

أحدها: قوله في هذا السماع.

والثاني: إن عرف بالشتم والسفه عزر ولم يحلف، وإن لم يكن معروفًا بذلك أحلف، قاله مالك في سماع أشهب في الشهادات إلا أنه ضعف اليمين.

الثالث: أنه يحلف مع شاهده ويحد له، قاله مُطَرِّف، وهو شذوذ.

ويتخرج فيها قول رابع: أنه لا يحلف معه في الفرية، ويحلف معه فيما دون الفرية من الشتم.

قُلتُ: وتقدم هذا.

[كتاب السرقة]

السرقة: أخذ مكلف حرًّا لا يعقل لصغره، أو مالًا محترمًا لغيره نصابًا، أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه[1]، فيخرج أخذ غير الأسير مال حربي، وما

(1) قال الرَّصاع: السرقة في اللغة معلومة، وأصلها اسم مصدر من سرق، يقال: سرقا في المصدر وسرقة في اسمه.
قال المازري: هي أخذ المال على وجه الاستسرار هذا معناها عرفًا، فخرج أخذه قهرًا وغصبًا وحرابةً وغيلةً وخديعةً، قالوا ويرد عليه الاختلاس، ويرد عليه بعض ما أخرجه الشَّيخ في قيده بالطرد، وما أدخل به العكس، فقوله رَحِمَهُ اللَّهُ: (أخذ) مثل عبارة المازري في الجنس؛ وهذا مناسب لاسم المصدر، وإذا أريد الاسمي يقال: المأخوذ من مكلف لا يعقل... إلخ.
قوله: (مكلف) فأخرج أخذ المجنون والصبي إلى أن يحتلم، أو يبلغ سن الاحتلام عادة.
(فإن قلت): هذا أيضًا يرد عليه ما قدمنا في حد الزنا والقذف، فيأتي بحد أعم وأخص ولم يقله.
(قلت): لا شك أنه لم يظهر ما يضبط اصطلاحه في تعرضه لرسم الأعم والأخص في مواضع ومواضع؛ إنما يرسم الأخص، والله سبحانه أعلم، وتقدم في بعض الأبواب الجواب.
قوله: (حرًا لا يعقل) أدخل به الصبي قبل بلوغه؛ إذا لم يعقل إذا أخذ من حرزه؛ فإنه سرقة يقطع به، كذا وقع في المدَوَّنة، وفيه خلاف.
(فإن قلت): ما معنى قوله لا يعقل؟ هل لا يفهم شيئًا، أو لا يعقل قربة؟.
(قلت): يظهر أن معناه لا يفهم لقوة صغره؛ لأنه صار كالبهيمة لا تدفع عن نفسها، ولا تتكلم بما يفهم عنها، وقد وقع فيها ما يدل على ما قلناه.
قوله: (نصابًا) النصاب معلوم من الذهب ومن الفضة ومن العروض؛ وسيأتي.
(فإن قلت): هل مراده بقوله نصابًا ما قصد كونه نصابًا، أو ما وجد فيه النصاب؛ فإن قصد ما قصد به النصاب؛ فيرد عليه من سرق ثوبًا خلقًا، فوجد فيه ثلاثة دراهم؛ فإنه يقطع على ما فصل في المدَوَّنة فيه، مع كونه إنما قصد الثوب الذي ليس فيه نصاب، وإن قصد ما وجد فيه النصاب؛ فيرد عليه إذا سرق خشبة، فوجد فيها ثلاثة دراهم، فإنه لا قطع، والأول وارد على العكس، والثاني على الطرد، ويمكن الجواب بأن المراد نصاب موجود مقصود.
قوله: (من حرزه) أخرج به إذا لم يخرجه من حرزه، أو إذا لم يكن في حرز بوجه، والحرز يأتي حده.
قوله: (ما لًا محترمًا) أخرج به أخذ غير الأسير مال حربي، وكذلك سرقة الخمر؛ لأنه لا حرمة له، ويدخل في ذلك ما اختلف فيه مما يجوز ملكه من حيوان وغيره، انظره.
=

اجتمع بتعدد إخراج وقصد والأب مال ولده، والمضطر في المجاعة.

[باب النصاب]

والنصاب من الذهب ربع دينار: ابن حارث وغيره اتفاقًا.

وفي كونه من الفضة ثلاثة دراهم، أو ما يساوي ربع دينار قولان لابن حارث عن كل أصحاب مالك، غير ابن عبد الحكم وله ومن غيرهما المعتبر قيمته.

ابن رُشْد: لا يقوم إلا بالدراهم كان البلد تجري فيه الدنانير أو لا يجري فيه أحدهما؛ وإنما التعامل فيه بالعرض، هذا مذهب مالك، وهو ظاهر المَدَوَّنة، ونص الموازيَّة.

وقال الأبهري وعبد الوهاب بأغلبها في البلد.

وقول عبد الحق عن بعض شُيُوخ صقلية: إن كانت السرقة ببلد؛ إنما التعامل فيه بالعروض قوم في أقرب البلدان إليه، التي يتعامل فيها بالدراهم خطأ صراح، إذ قد تكون ببلد السرقة كاسدة، لا قيمة لها به في بلد الدراهم قيمتها كثيرة، فيؤدي إلى قطع اليد في أقل من نصاب.

قوله: (بقصد واحد) ذكره ليدخل به مسألة سماع أشهب: إذا سرق ما لا نصاب فيه، ثم كرر ذلك مرارًا بقصد واحد حتى كمل النصاب فإنه يقطع.

قوله: (لا شبهة فيه) يخرج به أخذ الأب مال ابنه، ومن أخذ طعامًا في زمن مجاعة، وكذلك من سرق من مال غريمه، وكذلك العبد إذا سرق من مال سيده، وهذا كله على المشهور، وحقه أن يقيد الشبهة بالقوية؛ لأنه إذا سرق من بيت المال؛ فإنه يقطع، فتأمله والله أعلم.

قوله: (خفية) أخرج غير الخفية، إذا كان غلبة قهرًا أو ظلمًا.

(فإن قلت): هل يرد الاختلاس؟.

(قلت): الاختلاس أخذ مال بحضرة صاحبه على حين غفلة من صاحبه، وقد أورده بعضهم على حد المازري، وأجاب عن حد الشَّيخ؛ بأنه لا يرد فيه بوجه، وتأمل ذلك فإنه غير ظاهر، ورأيت بخط بعض تلامذته على المَدَوَّنة ما معناه؛ يرد على رسم شيخنا من سرق خمرًا لذمي؛ فإنه لا يقطع مع أنه مال محترم، قال: وتأمل من سرق نصابًا، ثم سرقه آخر من السارق؛ فإنهما يقطعان معًا.

اللخمي: إن كانت تقوم بهما جميعًا، فالمعتبر قيمتها بأحدهما إلا أن يقل بيعها بأحدهما، والقياس الرجوع إلى نصاب الذهب.

الباجي عن محمد: ما اعتبر به النصاب من ذهب أو فضة؛ إنما ينظر إلى وزنه دنيًّا أو جيدًا نقدًا كان أو تبرًا.

قال عيسى عن ابن القاسم: وإن لم يجز بجواز العين.

قال عيسى: أو حليًا، ولا ينظر إلى قيمته؛ يريد: إلى ما يزيد لصناعته.

ابن رُشْد: إن كانا مغشوشين بالنحاس، لم يقطع في النصاب منهما، إلا أن يكون النحاس الذي فيهما يسيرًا جدًّا لا قدر له.

الباجي: إن كانت الدراهم تجوز عددًا، فإن نقص كل درهم خروبة، أو ثلاث حبات، وهي تجوز، فلا قطع فيها حتى تكون قائمة الوزن.

قال محمد عن أَصْبَغ: فأما مثل حبتين من كل درهم، فإنه يقطع.

وحكاه اللخمي، قال: درء الحد أحسن، ولما ذكر ابن رُشْد في رسم أخذ يشرب خمرًا، من سماع ابن القاسم، قول أَصْبَغ قال: ومعناه إن جازت بجواز الوازنة؛ لأن الحبتين مما يمكن أن يختلف فيه الموازين، فإن قل النقصان وجازت بجواز الوازنة؛ قطع بلا إشكال وإن كثر، ولم تجز بجواز الوازنة، فالصواب عدم القطع على قياس قولهم في الزكاة.

الباجي: وقال أشهب: إن كانت الدراهم مقطوعة، لم يقطع في ثلاثة دراهم منها.

قال محمد: إذا لم يكن معها نقصها، وأما الذهب فلا يقطع في أقل من ربع دينار منها.

الشَّيخ عن الموازيَّة: ويقطع في البقل، إن لم يكن قائمًا، وحصد وأحرز، ويقطع في كل شيء حتى الماء، إذا كان أحرز لوضوء أو شرب أو غيره، وحتى الحطب والعلف والتبن والورد والياسمين والرمل والرماد إذا ساوى ثلاثة دراهم، وسرق من حرز ونقله الباجي وغيره.

[باب في المعتبر في المقوم]

والمعتبر في المقوم منفعته المباحة(1): الشَّيخ في الموازيَّة: من سرق حمامًا عرف بالسبق أو طائرًا، عرف بالإجابة، إذا دعي؛ فأحب إلي أن لا يراعى إلا قيمته على أنه ليس فيه ذلك؛ لأن ذلك من اللعب والباطل.

اللخمي: إن كان القصد في الحمام ليأتي بالأخبار لا اللعب قوم على ما علم منه من الموضع الذي يبلغه، وتبلغ المكاتبة إليه، ومثله للتونسي، وهو دليل تعليل محمد.

اللخمي: إن كان بازيًا أو طيرًا معلمًا؛ ففي الموازيَّة يقوم على ما هو عليه من التعليم؛ لأنه ليس من الباطل.

وقال أشهب: يقوم على أنه غير معلم، والأول أحسن؛ إلا أن يكون في قوم يريدونه للهو.

زاد الشَّيخ في روايته: وهو نحو قول مالك، وأداء المحرم إياه إذا قتله.

قُلتُ: والأظهر في الطيور المتخذة، لسماع أصواتها لغو حسن أصواتها في تقويمها.

وفي الجلاب مع غيره: المعتبر قيمتها يوم السرقة، لا يوم الحد.

[باب فيمن يقوم السرقة]

وفيها: ويقوم السرقة أهل العدل والنظر، قيل: فإن اختلف المقومون، قال: إن

---

(1) قال الرَّصاع: معنى ذلك أن المعتبر في التقويم؛ إنما هو مراعاة المنفعة التي أذن الشارع فيها، وما لا يؤذن فيه فلا عبرة به، فلا تعتبر قيمته؛ لأن المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا، فإذا عرف حمام بالسبق فلا عمل على منفعته، أو طائر عرف بالإجابة فكذلك، كذا نقل الشَّيخ عن الموازيَّة، وأنه ما يراعى إلا قيمته على أنه ليس فيه ذلك؛ لأن ذلك من اللعب والباطل.

(فإن قلت): كيف صح ذلك، وقد ذكروا في باب الصيد: أن من التعليم إذا دعي أجاب.

(قلت): لا بد من تقييد ذلك، وقد قيد اللخمي ذلك، بما إذا لم يكن فيه لعب؛ بل منفعة مأذونة، وأشار إليه الشَّيخ بعد، وذكر فيه الخلاف، وذكر الشَّيخ: الطيور المتخذة لسماع أصواتها هنا؛ وظاهره أنه من اللهو، وانظر ما أخذ من المدَوَّنة، والله سبحانه أعلم، وبه التوفيق.

اجتمع عدلان بصيران أن قيمتها ثلاثة دراهم قطع، ولا يقطع بتقويم رجل واحد، ومثله سمع عيسى ابن رُشْد، معناه في الاختيار إلا أنه لا يجوز إلا ذلك؛ لأن كل ما يبتدئ فيه القاضي السؤال فالواحد يجزئ؛ لأنه من باب الخبر لا الشهادة.

وقال اللخمي في مختصر الوقار لمالك: إن قومت بثلاثة دراهم، وقومت بدونها لم يقطع، وهو أبين، ولم يحكه ابن رُشْد.

وفيها: من سرق ثوبًا لا يساوي ثلاثة دراهم، وفيه دنانير أو دراهم مصرورة، ولم يعلم أن ذلك فيه.

قال مالك: أما الثوب وشبهه مما يعلم الناس، أن ذلك يرفع في مثله، فإنه يقطع، ولو سرق شيئًا لا يرفع ذلك فيه كالحجر والخشبة والعصا، لم يقطع إلا في قيمة ذلك دون ما رفع فيه من ذهب أو فضة.

اللخمي: قوله في الثوب بما يعلم أن ذلك يرفع في مثله؛ يريد: مثل المصر وشبهه، ولو كان قميصًا خلقًا.

وقال: لم أعلم بما فيه حلف، ولم يقطع ليلًا أخذه أو نهارًا، ويصدق في العصا إن أخذها ليلًا لا نهارًا؛ لأنه لا يخفى إلا أن يكون أخرجها من مكان مظلم، ولو كان الذهب قد نقر له في خشبة؛ صدق أخذه ليلًا أو نهارًا.

الصقلي: قال بعض فقهائنا: من سرق ثوبًا يعلم أنه لا يصر ذلك فيها، لدناءتها لم يقطع بما فيها، إذا لم يعلم به.

ابن حبيب عن أَصْبَغ: من سرق ليلًا عصا مفضضة، وفضتها ظاهرة.

وقال: لم أر الفضة بالليل، فإن يرى أنه لم يرها، لم يقطع.

وأخذ ابن رُشْد من مسألة المدَوَّنة، مثل قول ابن كنانة بعدم حنث من حلف: لا أخذ من فلان درهمًا، فأخذ منه ثوبًا فيه درهم مصرور، لم يعلم به فرده لا حنث عليه، إن كان لا يسترفع في مثله، يرد بأن الحد يدرأ بالشبهة، والحنث يقع بأدنى سبب.

وسمع أشهب: في السارق يجد القمح في البيت، فينقل منه قليلًا قليلًا، لا يقطع فيه، ويجتمع منه ما يجب فيه القطع يقطع.

ابن رُشْد: لأنه لما رأى جميعه؛ قصد أخذ جميعه بقصد واحد، وليس بخلاف لسماع أبي زيد.

ابن القاسم: إن دخل السارق البيت في ليلة واحدة عشرين مرة، يخرج كل مرة ما لا قطع فيه، وفي جميعه ما يجب القطع فيه، لا يقطع لاحتمال أن ما أخذه ثانيًا لم يقصد أخذه عندما أخذ ما قبله.

وقال سَحنون فيه: إنه يقطع، إن كان في فور واحد، فلم يصدقه في تعدده قصده وصدقه.

ابن القاسم، قال سَحنون فيه: أنه يقطع، أراد أن يحتال، فاحتيل عليه.

قلتُ: فالخلاف في هذا خلاف في حال.

اللخمي: إن أخرج جميعهم سرقة حملوها لا يستطاع إخراجها، إلا بجماعتهم قطعوا ببلوغها ربع دينار فقط، وإن كانت خفيفة؛ خرج بها جميعهم، مع القدرة على أن يخرج بها أحدهم.

فقال مالك وابن القاسم: لا يقطعون إن كانت قيمتها ثلاثة دراهم فقط.

وحكى ابن القُصَّار: أن الخفيفة بمنزلة الثقيلة.

اللخمي: ولو كان شيئًا لا يقدر على إخراجه اثنان؛ فخرج به أربعة جرت على الخلاف في الخفيفة، والقياس في الثقيلة التي لا يحملها إلا جميعهم اعتبار النصاب في حق كل واحد منهم؛ لأنه الذي ينوبه مما حمل، ولأن القطع فرع عن ما يغرمه.

وقول مالك: أن على كل واحد ربع قيمة ذلك قياسًا على شهود الزنا على محصن، يرجع أحدهم لا يغرم إلا ربع الدية، وهو لم يقدر على قتله إلا بشهادة أصحابه؛ فإن حملوها على أحدهم، ولا يقدر أن يحملها إلا بتحملهم قطع الخارج بها.

وقال ابن القاسم: يقطع الذين حملوها عليه، كما لو حملوها على دابة.

وقال أبو مصعب: يقطع الخارج بها وحده، ووافق إذا حملوها على دابة؛ أنهم يقطعون، واختلف في هذا الأصل، إذا قربوا المتاع إلى النقب، فأدخل الخارج يده، وأخذ المتاع أو ربطوه فجره الآخر.

قيل: يقطعون جميعًا وقيل لا يقطعون؛ لأن معونتهم كانت داخل الحرز.

قال ابن الحاجب: ولو اشترك اثنان في حمل نصاب؛ فثالثها: إن كان لا يستقل آخذها قطعًا.

قلتُ: الثاني لا أعرفه، إلا لاختيار اللخمي.

وفيها: إن سرق رجل مع صبي أو مجنون ما قيمته ثلاثة دراهم؛ لم يقطع واحد منهما.

قُلتُ: لأن الصبي والمجنون كالعدم، فشرط السرقة موجود، وهو الحقيقة، والأب لكونه كابنه بتبع الخفية، وكذا سرقته مع من لا قطع عليه وفاقًا وخلافًا، قاله اللخمي.

وفيها: إن سرق منك أجنبي مع عبدك، أو أجيرك الذي ائتمنته على دخول بيتك، لم يقطع واحد منهما، وإن تعاونا في السرقة، ومثله سمع أبو زيد.

قال ابن رُشْد: يريد في البيت غير محجوب عن العبد.

قلتُ: ومثله للخمي عن محمد.

قال ابن الحاجب: ولو سرق ملكه من المرتهن أو المستأجر أو ملكه بإرث، قبل فصله من الحرز؛ فلا قطع، ولا أعرفه بنصه، إلا لابن شاس، وهو نص الغزالي في الوجيز، ومقتضى مسائل المذهب تدل على صحته:

منها عدم قطع الوالد في سرقته من مال ولده.

ومنها قولها: لا قطع في سرقة السيد من مال مكاتبه، أو مكاتب ابنه؛ لم يقطع.

ومنها قولها: وإن سرق متاعًا، كان أودعه رجلًا فجحده إياه، فإن أقام بينة أنه استودعه هذا المتاع نفسه؛ لم يقطع.

وفي العافي لأبي عمر: روى ابن القاسم: القطع على من سرق من مال غريمه مثل دينه، وخالفه أصحاب مالك وغيرهم، بتحويزهم لذي الحق، أخذ ماله من غريمه كيفما أمكنه.

ورواه زياد وابن وَهْب عن مالك، ونقله ابن شاس: بقيد غريمه المماليك غير مقر،

وكأنه المذهب تابعًا للفظ الغزالي في الوجيز.

اللخمي: في ترجمة الجماعة يدخلون البيت للسرقة: في لو دخل رجل على السارق فباعه ثوبًا فخرج به مشتريه، ولم يعلم أنه سارق لم يقطع واحد منهما.

وللشيخ في ترجمة الجماعة: يشتركون في السرقة، عن الموازيَّة: إذا دخل رجلان الحرز فسرق أحدها دينارًا فقضاه للآخر، أو أودعه إياه، قبل أن يخرجا؛ فإنما القطع على من خرج به، وكذا إن كان ثوبًا، فباعه منه في الحرز.

وفيها: من أقر أنه سرق من فلان شيئًا، وكذبه فلان؛ فإنه يقطع بإقراره، ويبقى المتاع له إلا أن يدعيه ربه، فيأخذه.

وفيها: ومن شهدت عليه بينة أنه سرق هذا المتاع من يد هذا، فقال السارق: حلفوه أنه ليس لي، فإنه يقطع، ويحلف له الطالب ويأخذه، فإن نكل حلف السارق وأخذه.

وذكرها عياض بزيادة: ولم تقطع يده، وقال: كذا ثبتت المسألة في بعض الأصول.

وفي كتاب ابن المرابط، واختصار ابن أبي زَمَنَيْن، ولم يذكر ابن أبي زيد قوله: ولم تقطع، وهو في كتاب ابن عتاب على قوله: ولم تقطع، ولم تكن في أصله، وكانت عنده مخرجة.

وقال: أوقفها سَحنون، وسقطت في كثير من الأصول، وقرأها ابن لبابة، وأنكرها العتبي.

وحكى اللخمي: أن في بعض روايات المدَوَّنة: وتقطع يده، وفي بعضها: ولم تقطع يده، واختصرها كثير، ولا بد من قطعه، ويحلف له الطالب ويأخذه، فإن نكل حلف السارق وأخذه.

واختلف في غير المدَوَّنة: إن صدقه رب المتاع هل يقطع؟، وهو قول ابن القاسم أو لا؟؛ وهو قول عيسى.

وعن ابن القاسم: لا يمين على رب المتاع.

ابن أبي زَمَنَيْن: هو الأشبه بأصولهم.

الصقلي عن محمد: لو أقام المشهود عليه شاهدًا عدلًا أن المتاع له؛ قضي له به مع

يمينه وقطع.

قلتُ: على قول عيسى: لا يقطع، هو أحرى لنفي تهمة الشاهد.

وفيها: إن أخذ في جوف الليل، فقال: فلان أرسلني إلى منزله فأخذت له هذا المتاع، فإن عرف منه انقطاع إليه، وأشبه ما قال لم يقطع، وإلا قطع ولم يصدق.

الباجي: فسر أَصْبَغ قوله، وأشبه ما قال في الواضحة: بأن يدخله من مدخله غير مستتر، وفي وقت يجوز أن يرسله فيه، ولو أخذه مستترًا، ودخل من غير مدخله، أو في حين لا يعرف قطع.

وقول ابن الحاجب بعد نقله بقيد أَصْبَغ، وقيل: متى صدقه لم يقطع.

الشَّيخ: روى محمد: لا قطع في الميتة، ولا في الخمر، ولا في الخنزير، وإن سرقه من ذمي، إلا أنه يغرمه في ملائه وعدمه، مع وجيع الأدب.

الشَّيخ: عن أَصْبَغ، عن ابن القاسم: من سرق شيئًا من الملاهي مزمارًا أو عودًا أو مثل الدف والكبر؛ لم يقطع إلا أن يكون في قيمته بعد إفساده ربع دينار.

ثم قال: وقال ابن القاسم في الكتابين: يعني الواضحة والعتبيَّة، وأما الدف والكبر؛ فإن كان في قيمتهاصحيحين ربع دينار قطع.

قال ابن رُشْد: لا خلاف في ترخيص اللعب بالدف، وهو الغربال.

واختلف قول ابن القاسم في الكبر.

الباجي وغيره: لا قطع في جلد ميتة، لم يدبغ والمدبوغ.

قال أشهب: يقطع.

وقيل: إن كان قيمة ما فيه من الصنعة ثلاثة دراهم؛ قطع.

وقال مالك: لا قطع في الميتة.

قلتُ: القول الثاني هو قولنا.

وذكر ابن شاس القولين الأولين:

قال: وروى أنه لا يقطع في جلد ميتة أصلًا.

وسمع عيسى ابن القاسم: من سرق جلد ميتة مدبوغًا؛ قطع إن بلغ ما يقطع فيه.

وقال ابن القاسم في غير هذا الكتاب: إن كان فيه من الصنعة، ما يكون قيمته ثلاثة دراهم قطع، وإلا لم يقطع.

ابن رُشْد: قوله: إن بلغ ما يقطع فيه قطع؛ يدل على جواز بيعه.

والقول الثاني: هو قوله في المدَوَّنة، وفيه نظر؛ لأن الصنعة مستهلكة لا يمكن أن تفصل منه فتملك.

ألا ترى أنه على قوله وروايته: أنه لا يطهر إلا بالدباغ، إلا للانتفاع به؛ فلا يجوز بيعه أصلًا، ولا بقيمة ما فيه من الصنعة.

فالقياس على عدم بيعه: أن لا قطع فيه بحال.

ولو قيل: أنه لا يقطع على مذهب من يجيز بيعه، مراعاة لقول من لا يجيز بيعه؛ لكان لذلك وجه، ويتحصل فيه على هذا ثلاثة أقوال.

وفي تعليقة أبي عمران في قيمة الدبغ، قال: يقال: ما قيمته أن لو جاز بيعه للانتفاع، وما قيمته مدبوغًا، فما زاد فهو قيمة الدبغ.

قلتُ: ظاهر لفظ المدَوَّنة: أن يقال: ما قيمة دبغه فتأمله.

الباجي: لا قطع في الكلب المنهي عنه، وفي كلب الصيد والماشية قولا ابن القاسم وأشهب، قائلا: وإن كنت أنهى عن بيعه.

الشَّيخ: لأشهب في الموازيَّة: من سرق زيتًا ماتت فيه فأرة؛ قطع إن كان يساوي، لو بيع ثلاثة دراهم.

قلتُ: وعلى قول ابن القاسم في الكلب المأذون لا يقطع.

الباجي: من سرق لحم أضحية أو جلدها، فقال أشهب: يقطع فيه.

أَصْبَغ: إن سرقها قبل الذبح قطع ،وبعده لا يقطع؛ لأنها لا تباع في فلس، ولا تورث إلا للأكل، وإن سرقها ممن تصدق بها عليه قطع؛ لأن المعطى ملكها.

قلتُ: تقدم في جواز بيعه إياها خلاف، والهدي بعد تقليده وإشعاره، كالأضحية بعد الذبح، ولم يعز اللخمي الثاني إلا لابن حبيب.

وفيها: من سرق شيئًا من سباع الطير بازيًا أو غيره قطع، وأما سباع الوحش التي

لا تؤكل لحومها إذا سرقها، فإن كان في قيمة جلودها إذا ذكيت دون أن تدبغ ثلاثة دراهم قطع؛ لأن لربها بيع جلود ما ذكي منها، والصلاة عليها، وإن لم تدبغ.

اللخمي: قال ابن حبيب: بيع جلود السباع العادية، والصلاة عليها حرام، وعليه لا يقطع سارقها، وعلى الأول في اعتبار قيمة الجلد بعد الذبح أو قبله؛ قولان لابن القاسم.

فيها: والصقلي عن محمد عن أشهب؛ والمراد ببعد الذبح، بعد السلخ.

وفيها: إن سرق الشريك من متاع الشركة مما قد أغلقا عليه لم يقطع، وإن كان بعد أن أودعاه رجلًا قطع، إن كان فيما سرق من حظ شريكه، ما قيمته ربع دينار فضلًا عن حصته.

اللخمي: إن أغلقا على مال شركتهما، وأودعا مفتاحه رجلًا كان كإيداعها إياه، وإن جعلا مفتاحه عند أحدهما؛ فلا قطع في سرقة من المفتاح عنده منه، وإن سرق منه الآخر، فإن كان ذلك احترازًا منه قطع، وإن كان لأنه لابد أن يبين به أحدهما؛ لم يقطع، ومثله لو كان المفتاح في دار أحدهما.

وفي اعتبار النصاب من حظ شريكه في كل المال، أو في المسروق فقط، قولا مالك وأَصْبَغ، مع أشهب وعبد الملك.

اللخمي: هذا إن كان المسروق مكيلًا أو موزونًا، وإن كان من ذوات القيم، فمن حظه في المسروق فقط.

وفي عتقها الثاني: من وطئ أمة من الغنيمة، أو سرق منها بعد أن تحرز قطع.

وقال غيره: لا يحد للزنا، ويقطع إن سرق فوق حقه بثلاثة دراهم؛ لأن حقه فيها واجب موروث، بخلاف حقه في بيت المال؛ لأنه لا يورث عنه.

الصقلي: هذا في الجيش العظيم، الذي لا يعرف عدده؛ لأن حظه منه غير معلوم، وأما في السرية الصغيرة التي حصته منها معلومة، فلا يحد للزنا اتفاقًا، ويقطع إن سرق فوق حقه من الغنيمة كلها بثلاثة دراهم.

واختلف قول سَحنون قال مرة: فوق حقه من كل الغنيمة، وقال مرة: فوق حقه

من المسروق.

وكذا اختلفوا في الشريك يسرق من متاع أودعاه.

قلتُ: ظاهره سواء كان المال من ذوات الأمثال أو القيم، خلاف ما تقدم للخمي، ولا قطع على أحد الأبوين في سرقته من مال ولده.

والمعروف فيها مع غيرها: غيره بخلاف العكس.

اللخمي: اختلف إن سرق الابن من مال أبيه، أو زنى بجاريته، فذكر معروف المذهب.

قال: وذكر ابن خويز منداد عن أشهب، وابن وَهْب أنهما قالا: لا يحد ولا يقطع.

وقال ابن القُصَّار: يقطع إن سقطت نفقته عن أبيه؛ يريد: إن كان ممن لا تسقط نفقته كالبكر، ومن بلغ زمنًا لم يقطع، وهذا صحيح؛ لأن الإنفاق شبهة فيه قياسًا على سرقة الأب من مال ولده، وإن سرق من مال أمه، أو زنى بجاريتها حد، إذ لا شبهة له، وإذا سرق من مال جده أو جدته؛ قطع.

وسمع ابن القاسم: إن سرق العبد من مال ابن سيده؛ قطع.

ابن رُشْد: رأيت لأحمد بن خالد قال: أخبرني إبراهيم بن محمد بن باز، قال: سئل يحيى بن يحيى عن عبد سرق من مال ابن سيده؟، قال: إن كان في حضانة أبيه؛ لم يقطع، وإن كان بان عنه قطع، فأخبرت سعيد بن حسان بقوله فما أعجبه.

قال إبراهيم: فلما رحلت سألت عنها سَحنونا فقيه القيروان، فقال: روى ابن القاسم: يقطع، وروى ابن وَهْب: لا يقطع.

وسمع محمد بن خالد ابن القاسم: لا يقطع العبد في سرقته من مال ابنه الحر أو العبد.

قلتُ: وفي تعقب إسماعيل القاضي، سماع ابن القاسم بقوله ﷺ: «**أنت ومالك لأبيك**»[1] نظر للاتفاق على حمل الحديث على ظاهره، وأن معناه إثبات الشبهة للأب

(1) سبق تخريجه.

في ملك ابنه، ولا يلزم من عدم حد العبد في سرقته من مال سيده عدم حده.

فيها: ليس ملك سيده؛ وإنما له فيه شبهة فقط.

وقال ابن رُشْد: وجه القول أنه لا يقطع في سرقته من مال ابن سيده، قوله في الحديث: «**أنت ومالك لأبيك**»، وهو ضعيف؛ لأنه إنما لم يقطع العبد في سرقته من مال سيده، إذ لا يجتمع على السيد عقوبتان: ذهاب ماله، وقطع يد غلامه؛ ووجه تفرقة يحيى: أنه إذا كان في حضانته؛ فهو الحائز لماله.

وقد قال في الموازيَّة: إن سرق العبد من وديعة، كانت عند سيده لأجنبي، فأحرى لما حازه لابنه.

في الكافي لأبي عمر: رأى ابن القاسم القطع على من سرق من مال غريمه، مثل دينه، وخالفه أكثر الفقهاء من أصحاب مالك وغيرهم؛ لتجويزهم لذي الحق أخذ ماله من غريمه كيف ما أمكنه.

ورواه زياد بن وَهْب عن مالك، ونقله ابن شاس: بقيد غريمه المماطل غير معزو، كأنه المذهب تابعًا للفظ الغزالي في الوجيز.

الشَّيخ: لعيسى عن ابن القاسم: من سرق من جوع أصابه؛ لا قطع عليه.

ابن حبيب عن عمر: لا قطع في سنة.

[باب الحرز]

الحرز: ما قصد بما وضع فيه حفظه إن استقل بحفظه، أو يحافظه غيره، إن لم يستقل.

وفيها: من سرق متاعًا من الحمام؛ فإن كان معه من يحرزه قطع، وإلا لم يقطع، إلا أن يسرقه من لم يدخل الحمام من مدخل الناس من بابه، مثل أن يتسور أو ينقب ونحو ذلك، فإنه يقطع، وإن لم يكن مع المتاع حارس، ونحوه سمع ابن القاسم.

ابن رُشْد: إن كان مع الثياب من يحرسها؛ فلا قطع على من سرقها حتى يخرج بها من الحمام، على قياس قوله في السرقة من بيت في الدار المشتركة، إذا دخل للتحمم؛ لأنه

قد أذن له في ذلك بخلاف من سرق من المسجد؛ يقطع إذا أزال ما سرقه من موضعه، وإن لم يخرج به من المسجد.

وأما من دخل للسرقة، فأخذ بها قبل أن يخرج من الحمام؛ فيجري على الخلاف في الأجنبي يسرق من بعض بيوت الدار المشتركة بين الساكنين، فيدخل في الدار قبل أن يخرج.

عبد الحق: ذكر النسائي عن سفيان بن عيينة، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن عمه واسع بن حبان، عن رافع بن خديج، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لا قطع في كثر**»[1] - والكثر: الجمار- كذا رواه سفيان، ورواه غيره، فلم يذكر واسع بن حبان، ولم يتابع سفيان على روايته إلا حماد من دليل، فإنه رواه عن شعبة عن يحيى بن سعيد، مثل رواية سفيان ومحمد بن يحيى بن حبان لم يسمع من رافع.

وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «**من سرق شيئًا من الثمر المعلق بعد أن يؤويه الجرين، فيبلغ ثمن المجن فعليه القطع**»[2].

وفي اللقَطَة منها: ولو خرجت امرأة من بيتها، وأغلقت على متاعها الباب، فسرق منه سارق، وترك الباب مفتوحًا، فسرق ما بقي بعده ضمنه، وكذلك الحوانيت.

وفي سرقتها: ويقطع من سرق من الحوانيت والمنازل والبيوت والدور، حرز لما فيها، غاب أهلها أو حضروا، ويقطع من سرق ما وضع في أفنية الحوانيت.

اللخمي: يريد إذا كان معه صاحبه، وسرق منه من لم يؤذن له في تقليبه. واختلف

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 2/839 في الحدود، باب ما لا قطع فيه، والترمذي: رقم (1449) في الحدود، باب ما جاء لا قطع في ثمر ولا كثر، وأبو داود: رقم (4388) و(4389) في الحدود، باب ما لا قطع فيه، والنسائي: 8/87 في السارق، باب ما لا قطع فيه، وأخرجه أيضًا ابن ماجه: رقم (2593) في الحدود، باب لا يقطع في ثمر ولا كثر، بلفظ: لا قطع في ثمر ولا كَثَر.

(2) أخرجه الترمذي: رقم (1289) في البيوع، باب ما جاء في الرخصة في أكل الثمرة للمار بها، وأبو داود: رقم (4390) في الحدود، باب ما لا قطع فيه، والنسائي: 8/84 و85 و86 في السارق، باب الثمر المعلق يسرق.

إن غاب عنه أو بات فيه، ففي المدَوَّنة: يقطع.

وفي الموازيَّة: مثل القطاني يبيعونها في القفاف، ولهم حصر يغطونها بأفنية حوانيتهم، فقام صاحبه لحاجة، وتركها على حالها، لا قطع على من سرق منها، وفرق بين من خف نقله وثقل، كقوله في التابوت بقاعة الدار ليس صغيرة ككبيرة، وما بالقفاف يثقل نقله في قيام ربه، ولم يقله في تابوت الصيرفي، ولو كان مبنيًّا لخفة ما فيه، ولو كان غير مبني فنسيه؛ لم يقطع لعدم قصد كون محله حرزًا.

الشَّيخ عن الموازيَّة: وكذا الأمتعة توضع للبيع والطعام في القفاف، ولهم حصر يغطونها بالليل وهم بأفنية حوانيتهم، وربما ذهب وتركه فمن سرق منه قطع.

قال ابن القاسم وأشهب: وكذا ما وضع في الموقف للبيع من متاعه في فناء حانوته وله حصر من قصب، وربما أغلق الباب وذهب.

قال: وتابوت الصيرفي يقوم ويتركه بموضعه؛ فيسرق ليلًا أو نهارًا يقطع مبنيًّا كان أو غير مبني، ولو كان شأنه أن ينصرف به كل ليلة فنسيه فسرق؛ فلا قطع فيه.

قلتُ: وهذا خلاف ما نقله اللخمي عن الموازيَّة.

الشَّيخ: وروى محمد: ما وضع في السوق للبيع من متاع أو شاة؛ قطع سارقه، ولو كان على قارعة الطريق من غير تحصير ولا حصير؛ كان ربه عنده أو قام لحاجة وتركه ليلًا أو نهارًا.

وفيها: والدار المشتركة المأذون فيها، إذا سرق رجل منها دوابًا من مرابطها؛ قطع.

الصقلي عن محمد: وإن أخذ في الدار، إذا جاوز بها مرابطها، وكذا الأعكام من الثياب والأعدال، والشيء الثقيل قد جعل ذلك موضعه، هو كالدابة على مدودها يقطع إذا برز به من موضعه، وما جعل في قاعتها من متاع ليرفع؛ لا قطع فيه حتى يخرجه من الدار، إلا أن يكون مأذونًا فيه لكل أحد كالقياصير؛ فلا قطع في هذا المتاع.

الصقلي: تلخيص قولها في الدور ثلاثة أقسام:

الأول: المشتركة المأذون فيها لساكنها فقط، من سرق من سكانها من بيت محجور

عنه؛ قطع بإخراجه المتاع إلى الساحة، وإن سرق من الساحة لم يقطع، ولو خرج به من جميع الدار، ومن سرق من غير سكانها لم يقطع، إلا بإخراجه من جميع الدار سرقه من البيت أو الساحة، قاله سَحنون.

وقال محمد: يقطع إذا أخرجه من البيت إلى الساحة، وإن سرقه من الساحة لم يقطع حتى يخرجه من جميع الدار.

الثاني: المشتركة المباحة لكل الناس بيوتها كبيوت السكة النافذة، وساحتها كالسكة النافذة مَنْ سرق من بيوتها؛ قطع بإخراج السرقة من البيت، كان من سكانها أو غيرهم.

الثالث: المأذون فيها الغير مشتركة، إن سرق منها من أذن له فيها من بيت حجر عليه، فأخذ في الدار أو بعد أن خرج منها لم يقطع، وقيل يقطع إذا أخرجه من البيت.

وفيها: من سرق ما وضع في الموقف للبيع قطع، وإن لم يكن هناك حانوت كان معه ربه أو لا سرقه في ليل أو نهار.

الشَّيخ عن الموازيَّة: والشاة توقف في السوق للبيع من سرقها قطع، وإن لم تكن مربوطة.

اللخمي: وإذا وقفت غنم للبيع فسرق منها من أذن له في تقليبها؛ لم يقطع، وإن لم يؤذن له قطع، وإن تعامل عليه رجلان؛ فكان أحدهما يسوم ويقلب، والآخر يسرق قطع الذي سرق وحده.

وقال مالك: في الشاة تسرق من سوق الغنم يوقفها ربها للبيع؛ فيها القطع، وإن لم تكن مربوطة.

وقال أبو مصعب: من سرق شاة مربوطة من السوق قطع. والأول أحسن إن لم يذهب ربها عنها، فإن لم يكن معها لم يقطع في الشاة الواحدة؛ لأن الغالب أنها لا تثبت بموضعها؛ ولأنها مما يخف نقلها، ولو كانت غنمًا كثيرة قطع؛ لأن الغالب ثبوتها ولا يخف نقلها.

وفيها: وكذا لو كان للدواب مرابط معروفة في السكة من سرقها من مرابطها

قطع؛ لأن ذلك حرزها.

قلتُ: وعليه يجب حمل كلام ابن الحاجب، ومواقف الدواب المتخذة لذلك كذلك أي: المتخذة لوقفها، وقوله: كذلك إشارة لقوله: ومواقف البيع حرز للمبيع وإن غاب أهله.

وفي قول ابن عبد السلام: قوله: المتخذة لذلك أي: للبيع بعد فتأمله.

وفيها: والدابة بباب المسجد أو في السوق، إن كان معها من يمسكها قطع وإلا فلا لابن الحاجب، وظهور الدواب حرز فحمله ابن هارون على ظاهره من غير تقييد.

وقال ابن عبد السلام: كذا قال في المدَوَّنة، وظاهر سياق الكلام هناك أن ذلك مشروط بما إذا كان معه ربه ما لم يخرج إلى الخلسة.

قلتُ: فيما قاله نظر لأن لفظ المدَوَّنة: والدور حرز لما فيها غاب أهلها أو حضروا وكذلك ظهور الدواب. وبهذا اللفظ نقلها الصقلي ولم يقيدها.

وفي المدَوَّنة بعد ذلك ما نصه: من سرق عن محل شيئًا مستترًا أو أخذ من على البعير غرائر أوشقها فأخذ منها متاعًا أو أخذ ثوبًا من على ظهر البعير مستترًا قطع في ذلك كله إن بلغ ثمنه ما فيه القطع.

قلتُ: وليس في قولها مستترًا ما يدل على شرط كون ربه معه فتأمله.

وسمع أشهب: من سرق من المحمل وليس صاحبه فيه، فعليه القطع إلا أن يكون مخلى هكذا فلا قطع.

ابن رُشْد: المحمل على البعير كسرج الدابة، فمن سرقه من عليه أو سرق شيئًا منه قطع إلا أن يكون مخلى في غير حوز ولا حارز؛ فلا قطع فيه كما لو سرقه بمحمله.

وفيها: إذا وضع المسافر متاعه في خبائه أو خارجًا منه، وذهب لحاجته فسرقه رجل أو سرق لمسافر فسطاطًا مضروبًا بالأرض قطع، والرفقة في السفر ينزل كل واحد على حدته إن سرق أحدهم من الآخر قطع كأهل الدار ذات المقاصير سرق أحدهم من بعضها ومن الغير ثوبه بالصحراء، وذهب لحاجته؛ وهو يريد الرجعة لأخذه فسرقه رجل سرًّا، فإن كان منزلًا له قطع سارقه، وإلا لم يقطع.

الصقلي: لمحمد عن أشهب: إن طرحه بموضع مضيعة فلا قطع فيه، وإن طرحه بقرب منه أو من خبائه أو خباء أصحابه، فإن كان سارقه من غير أهل الخباء قطع، وقاله يحيى بن سعيد.

اللخمي: وقال محمد بن عبد الحكم: ليس في هذا كله قطع.

وفيها: من احتل بعيرًا من القطار في سيره وبان به قطع.

اللخمي: وإن سيقت الإبل غير مقطورة لمن سرق منها قطع والمقطورة أبين، وكذا الزوامل.

وكذا إن سيقت الإبل والدواب للرعي غير مقطورة من سرق منها قطع ما لم تنته للرعي والمقطورة أبين.

وكذا إن رجعت من الرعي وهي تساق غير مقطورة قد خرجت من حد الرعي ولم تصل إلى مراحها؛ فإنه يقطع سارقها.

اللخمي: اختلف إن سرق منها وهي سائرة إلى الرعي أو راجعة منه ومعها من يسوقها، فقيل: يقطع وقيل: لا.

وفيها: من سرق من سفينة قطع وإن سرق السفينة، فهي كالدابة تحبس وإلا ذهبت إن كان معها من يمسكها قطع سارقها وإلا فلا.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن سرق بعض أهل السفينة، وكل إنسان أحرز متاعه تحته، قال: زعم مالك إن سرق منه وهو عليه قطع، وإن سرق منه وقد قام عنه لم يقطع.

ابن رُشْد: حكم السرقة منها بين أهلها كحكم السرقة من صحن الدار المشتركة بين السكان.

فيها: إن سرق بعض الركاب فيها من متاع بعض، وهو على متاعه قطع، وإن لم يخرج بها سرق عن السفينة، وإن سرقه بعد أن قام عن متاعه لم يقطع، ولو خرج به عن السفينة. وإن سرق أجنبي متاعًا وصاحبه عليه قطع، ولو أخذ قبل خروجه من السفينة عن اختلاف، وإن سرقه صاحب المتاع ليس على متاعه لم يقطع اتفاقًا، وإن خرج بما سرق من السفينة قطع، وإن لم يكن صاحب المتاع على متاعه.

اللخمي: إن أرسيت في غير قرية.

فقال ابن القاسم: إن نزلوا فربطوا وذهبوا لحاجتهم ولم يبق بينهم أحد؛ قطع سارقها.

وقال أشهب في الموازيَّة: لا قطع عليه كالدابة.

يريد: إذا ربطت لموضع لم تعرف به ولو كان معها من يحرسها في البحر؛ قطع سارقها إن كانت في مرسى معروف، وإن كان فيها أحد قطع سارقها إن كانت في مرسى معروف، ولا يقطع إن لم تكن في مرسى معروف، كمن سرق دابة عليها ربها نائم؛ لأن صاحبها حرزها.

وسمع ابن القاسم: من سرق من مطامير في الفلاة أسلمها ربها وأخفاها؛ فلا قطع عليه، وما كان بحضرة أهله معروفًا بينًا قطع سارقه.

ابن رُشْد: لأن الأول لم يحرز طعامه بحال.

قُلتُ: فقول ابن شاس وابن الحاجب: والمطامير في الجبال وغيرها حرز إطلاقه خلاف المنصوص.

وفيها: من سرق كفنًا من الغير قطع، ومن نبش قبرًا وسرق منه كفنًا يساوى ربع دينار؛ قطع إذا أخرجه من القبر.

الشَّيخ: روى محمد: يقطع السارق من القبر، ولا يقطع حتى يخرج من القبر، فيقطع والقبر حرز لما فيه كالبيت، وقاله ابن المسيب وعطاء وعمر بن عبد العزيز وربيعة.

قلتُ: المسألة مشهورة في علم الخلاف.

ابن شاس: ولو مات في البحر فكفن، وطرح في البحر؛ قطع من أخذ كفنه سواء شد في خشبة أم لا.

قلتُ: لأنه قبره.

وفيها: إن حل الطرار من داخل الكم أو من خارجه أو أخرج من الخف ثلاثة دراهم قطع.

عياض: الطرار هو الذي يطر ثياب الناس أي: يقطعها ويشقها عن أموالهم ليأخذها.

الشَّيخ: قال في الموازيَّة: من سرق رداؤه من المسجد، ولم يكن تحت رأسه، وهو قريب منه قطع سارقه إن كان منتبهًا، وكالنعلين بين يديه وحيث يكونان من المنتبه.

قلتُ: قد قطع في ردائه صفوان وهو نائم، قال: كان تحت رأسه. ومسألة الحمام تقدمت عند رسم الحرز.

وسمع عيسى: من سرق أبواب المسجد قطع.

ولابن رُشْد في أول مسألة سماع ابن القاسم: من سرق شيئًا من سائر المساجد التي تغلق ليلًا أو نهارًا شيئًا مما هو متشبث به كجائزة من جوائزه أو بابًا من أبوابه قطع.

قلتُ: للشيخ عن الموازيَّة: قال أشهب: لا قطع في بلاط المسجد.

وقال أَصْبَغ: فيه القطع.

محمد: كما لو سرق بابه أو خشبة من سقفه أو من جوائزه.

وفي القطع في قناديل المسجد. ثالثها: إن كان مسجدًا تغلق عليه، للشيخ عن أَصْبَغ مع ابن رُشْد عن أحد قولي ابن القاسم.

والشَّيخ عن أشهب مع ابن رُشْد عن أحد قولي ابن القاسم: ونقل العتبي: من سرق من المسجد الحرام أو مسجد لا يغلق عليه لا قطع عليه.وفي حصره، ثالثها: إن كان تسور عليها ليلًا، ورابعها: إن خيط بعضها ببعض، وخامسها: إن كان عليها غلق. للشيخ عن أصبغ مع أول سماع عيسى ابن القاسم ولأشهب، وثاني سماع عيسى ابن القاسم وسَحنون، ونقل العُتْبِيّ عن ابن القاسم المتقدم.

الشَّيخ: لابن حبيب عن ابن الماجِشُون: والطنفسة يبسطها الرجل في المسجد لجلوسه إن جعلها كحصير من حصره، سارقها كسارق الحصير، وأما طنفسة يذهب بها، وبها يرجع وربما نسيها ربها بالمسجد؛ فلا قطع في ذلك، ولو كان على المسجد غلق؛ لأن الغلق لم يكن لأجلها، ولم يكلها ربها إلى غلق، وهو قول مالك.

وسمع عيسى ابن القاسم: من سرق بساطًا من بساط المسجد التي تطرح في

رمضان إن كان عنده صاحبه حين سرقه قطع، وإلا لم يقطع.

الشَّيخ: روى محمد في البيت يكون فيه قناديل المسجد أو حصره أو زكاة الفطر أو غير ذلك، من دخله بإذن لم يقطع فيما سرقه منه، ومن دخله بغير إذن قطع فيما سرقه منه، إذا خرج به من البيت إلى المسجد.

ولابن رُشْد في أول سماع ابن القاسم: اختلف في الفطرة توضع في المسجد، قيل: حكمها حكم حصر المسجد، يدخل في ذلك من الخلاف ما في حصره إذا سرقت نهارًا، قاله أَصْبَغ، وهو ظاهر قول ابن القاسم وروايته في سماع عيسى لقوله فيه: من سرقها قطع، وإن لم يخرج بها من المسجد. ولم يشترط أن يكون عليها حارس.

وروى ابن حبيب: لا قطع على من سرقها نهارًا، إلا أن يكون عليها حارس. واختاره ابن حبيب؛ لأن المسجد ليس بموضع للفطرة يختص بها كالحصير.

وسمع محمد بن خالد: من جعل ثوبه قريبًا منه في المسجد وهو يصلي، فسرقه رجل قطع إذا هو قبضه، وإن لم يتوجه به ولو لم يقطع حتى توجه به أذن لم يقطع حتى يخرج به من المسجد.

ابن رُشْد: لا أعلم فيه خلافًا.

وسمع ابن القاسم: لا قطع على من سرق من حلي الكعبة؛ لأنهم يؤذن لهم في دخولها.

ابن رُشْد: كان الحلي متثبتًا بما هو فيه أو موضوعًا بالبيت، ومن لم يؤذن له في دخوله قطع فيما سرقه منه ليلًا أو نهارًا إذا خرج به من البيت إلى موضع الطواف.

الشَّيخ عن ابن الماجِشُون: من سرق من ذهب باب الكعبة قطع.

وفيها: تقطع الزوجة إذا سرقت من مال زوجها من غير بيتها الذي تسكنه.

اللخمي: إن سرق أحدهما من مال الآخر من موضع لم يحجر عليه لم يقطع، وإن كان من موضع محجور بائن عن محجور معهما في الدار والدار غير مشتركة، فقال ابن القاسم: يقطع.

وفي الموازيَّة: لا يقطع. وعدم القطع أحسن إن كان القصد بالغلق التحفظ من

أجنبي يطرقهما، وإن كان لتحفظ كل منهما من الآخر قطع، وإن سرق الزوج من شيء شورها به، ولم يبن بها؛ قطع على القول أنه وجب جميعه لها، وعلى القول أنه مترقب لا يحد، كما لو كانت أمة فأصابها.

وفي لغو سرقة ذي رق من مال سيده مطلقًا وقطعه فيما حجره عنه، قولها مع المشهور.

واللخمي عن أبي مصعب، مع مختصر الوقار، وربما أخذ من قولها: وإذا أقر عبد أو مدبر أو مكاتب أو أم ولد بسرقة قطعوا إذا عينوها، فإن ادعى السيد أنها له صدق مع يمينه، ومن مفهوم قولها في الجنايات.

قال مالك: من باع عبدًا سارقًا دلس فيه فسرق من المتاع فرده بالعيب، فذلك في ذمته إن عتق.

ولو سرق من أجنبي مالًا قطع فيه فرده المبتاع؛ فهي جناية بخلاف سرقته من المبتاع، إذ لا يقطع فيها للإذن في الدخول ورد الأخذ من الأولى بأن قبول قول سيده كإقرار المسروق منه بالسرقة للسارق، ومن الثانية بأن هذا إنما هو لفظ البراذعي ولفظها في المدَوَّنة، لا يدل على ذلك؛ لأنه ما نصه قلتُ: من باع عبدًا دلس فيه بسرقته فسرق من المشتري يكون ذلك في ذمته أو رقبته إن رده لسيده، قال: في ذمته إن عتق لأنه مأذون له في دخول بيت المشتري.

فإن قلت: إنما الأخذ من مفهوم تعليل القطع بالإذن له في الدخول.

قلتُ: لفظ البراذعي يقتضي التعليل بمطلق الإذن في الدخول فيتناول مسألة المشتري الراد بالعيب من مسألة مالك لا رد له فيه، ولفظ المدَوَّنة قاصر على مشتريه الراد له بالعيب، وهذا لا يدل على تناوله من ملك ولا راد له فيه؛ لأن على القول بأن الرد بالعيب نقض بيع فيصير المشتري كأجنبي سرق منه من أذن له في دخول بيته، ومفهوم هذا لا يدل على صحة أخذ المدعي أخذه بوجه فتأمله.

وفيها: من جد ثوبًا منشورًا على حائط بعضه بالدار وبعضه خارج عنها إلى الطريق أو سرق متاعًا من الضيع؛ لم يقطع.

وقال محمد: إن سرق بعضهم من كم بعض لم يقطع.

اللخمي: القطع أحسن.

وفيها: ومن أذنت له في دخول بيتك أو دعوته إلى طعام فسرقك؛ فلا قطع فيه وهذه خيانة.

اللخمي: فيها لمالك: من أضاف رجلًا وأدخله داره وبيته وسرق؛ فلا يقطع.

وقال سَحنون: يقطع إذا أخرجه إلى قاعة الدار؛ لأن الدار عنده مشتركة.

محمد: معنى قوله ﷺ: «**لا قطع في ثمر ولا كثر**» الحرز لا غير.

ومن سرق من ثمر دار معلق في رؤوس النخل قطع.

اللخمي: فعليه إن كان النخل أو الكرم أو غيره من الثمار عليه غلق، ويعلم أنه من السارق أو لا غلق عليه، وعليه حارس قطع سارقه، قال: ولا قطع في الزرع إن كان قائمًا.

وعلى قول عبد الملك: لا قطع فيه، وإن كان في جرين أو إغلاق.

قال محمد في زرع حصد وربط قتًّا، وترك في الحائط ليرفع إلى الجرين.

قال مالك فيه مرة: يقطع سارقه وإن لم يكن عليه حارس. وقال أيضًا في زرع يحصد ويوضع بموضعه أيامًا لييبس لا قطع فيه.

قال محمد: ولو حمل فسرق في الطريق قبل بلوغه الجرين قطع سارقه.

الشَّيخ عن الموازيَّة: من سرق قرط صبي أو شيئًا مما عليه، فإن كان صغيرًا لا يعقل ولا حافظ له، وليس في حرز لم يقطع وإلا قطع، وإن كان ممن يعقل قطع سارق ذلك منه مطلقا، وقاله أَصْبَغ عن ابن القاسم.

وروى ابن وَهْب: في السارق مما على الصبي إن كان من دار أهله قطع.

ابن الجلاب: من سرق خلخالًا من رجل صبي أو قرطًا أو شيئًا من حليه؛ ففيها روايتان: إحداهما قطعه كان في دار أهله أو فنائهم، والأخرى أنه لا قطع عليه.

قال الباجي: فأورد الروايتين على الإطلاق.

ابن حارث: اتفقوا في السارق يؤخذ في الحرز قبل أن يخرج المتاع أنه لا قطع عليه.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن دخل سارق بيت رجل فاتزر بإزار فأخذ في البيت ففر منهم والإزار عليه، وقد علم به أهل البيت أو لم يعلموا؛ لا قطع عليه.

ابن رُشْد: لأنه لم يخرج به إلا مختلسًا.

قال ابن الحاجب: تبعًا لابن شاس: فلو نقب وأخرج غيره، فإن كانا متفقين قطعا، وإلا فلا قطع على واحد منهما.

قُلتُ: لا أعرف هذا الفرع لأحد من أهل المذهب؛ وإنما ذكره الغزالي في وجيزه على أصلهم أن النقب يبطل حقيقة الحرز، ومسائل المَدَوَّنة وغيرها تدل على أن النقب لا يبطل حقيقة الحرز، وقوله: إن تعاونا قطعا، مقتضى المَدَوَّنة أنه لا يقطع إلا من أخرجه لقولها: لو قربه أحدهما لباب الحرز أو النقب فتناوله الآخر، قطع الخارج وحده إذ هو أخرجه، ولا يقطع الداخل. وهذه المسألة رد عليه في زعمه أن النقب يبطل حقيقة الحرز لقولها: لباب الحرز أو النقب وفي قوله: قطعا، وقد تقدم لهما مسائل من هذا النوع، وفي إضافتها للمذهب مسائل الغزالي مع مخالفتها أصول المذهب، ولهذا كان كثير من متحققي شُيُوخ شُيُوخنا لا ينظر كتاب ابن الحاجب، ويرى قراءة الجلاب دونه.

ولما ذكر اللخمي قولها في الذي قربه لباب الحرز أو النقب قال: وقال أشهب: يقطعان، ثم قال في الفصل بعينه، وقال مالك في المختصر: إذا قرب الداخل المتاع وأدخل الخارج يده فأخرجه لا يقطع الخارج، وأرى أنه لا يقطع حتى يجتمع الدخول وإخراج المتاع كما إذا رمى بالمتاع وأخذ قبل أن يخرج.

قلتُ: يتحصل فيها ثلاثة أقوال.

وفيها: وإن دخل الحرز فأخذ متاعًا فناوله رجلًا من الحرز قطع الداخل وحده أخذ في الحرز أو بعد أن خرج.

ابن حارث: اتفقوا في السارقين يكون أحدهما من داخل الحرز والآخر من خارجه، فيخرج الداخل يده إلى خارج الحرز بالمتاع فيتناوله الخارج أنه لا قطع على الخارج، قال: فلو أدخل الخارج يده إلى داخل الحرز فأعطاه الداخل المال.

فقال ابن القاسم: يقطع الخارج.

وقال أشهب: يقطعان معًا.

وفيها: ولو ربطه الداخل بحبل وجره الخارج قطعًا.

اللخمي: اختلف قول مالك: إذا ربطه الداخل وحده وجره الخارج إلى الطريق.

وفيها: إن التقت أيديهما في المناولة في وسط النقب قطعا معًا.

اللخمي: هذا راجع لقول أشهب فيمن قرب المتاع إلى النقب، وأخرجه الخارج وكان الأصل على قول ابن القاسم ألا يقطع الداخل؛ لأن معونته في الحرز والنقب من الحرز إلا أن تتمادى معونته مع الخارج حتى أخرجاه من الحرز ونحوه للتونسي.

وفيها: لو أخذ في الحرز بعد أن ألقى المتاع خارجًا منه فقد شك فيها مالك بعد أن قال لي: يقطع وأنا أرى أن يقطع. ونقلها اللخمي بلفظه.

قال مالك يقطع، وقال أيضًا: لا يقطع. ونقلها الشَّيخ في النوادر بلفظ وقف فيها لا بلفظ شك.

اللخمي: ولو رمى بالسرقة من حرز فوقعت في نار أو كانت زجاجًا فانكسرت فاختلف هل تقطع أو لا، والقطع أحسن.

الشَّيخ عن عبد الملك: ما رمى به السارق فأتلفه قبل أن يخرج هو من الحرز إن قصد إتلافه، وكان كالأيسر من أخذه كرميه في نار عامدًا، وهو مما لا تبقيه النار لم يقطع وما كان على غير هذا قطع.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: لو ابتلع درة وخرج قطع ولا أعرفها بنصها إلا للغزالي في الوجهين لكنه مقتضى قولها: إن دهن رأسه ولحيته في الحرز بدهن، ثم خرج فإن كان في الدهن إذا سلت ما يبلغ ربع دينار قطع وإلا فلا.

وسمع أشهب: من أشار إلى شاة في حرز لم يدخله بالعلف فخرجت لا قطع عليه.

قال أشهب وابن القاسم: يقطع.

ابن رُشْد: سمع أبو زيد ابن القاسم مثل قوله هنا، وقول أشهب هو قول ابن الماجِشُون، وأنكر ذلك ابن الموَّاز واختار قول مالك في إيجاب القطع عليه، وهو

الأظهر.

قلتُ: كذا وجدته في نسختين من البيان، وهو مشكل لأن قول مالك؛ إنما هو عدم القطع للإيحاء به، وإنما يستقيم على نقل اللخمي.

قال: قال في الموازيَّة: وذكر المسألة أنه لا يقطع كمن أتى بإنسان فأرسله فأخرجها له لم يقطع المرسل، وكذا في إشارته إلى بازي أو صبي أو أعجمي.

قال أشهب: في هذا كله يقطع وهو أحسن.

قُلتُ: وذكر الباجي عن أشهب في الموازيَّة: أنه لا يقطع.

قال: وقال عبد الملك: يقطع في ذلك كله.

قال محمد: ولا يعجبنا. قاله في كلامه على قول مالك في الصبي الصغير والأعجمي.

قال اللخمي: وقال يحيى بن يحيى عن ابن نافع في الأعجمي: إذا راطنه بلسانه حتى خرج إليه طوعًا لم يقطع.

اللخمي: يريد إن دعاه ليخرج إليه ويذهب به فأطاعه، ولو غره فقال: بعثني سيدك لآتيه بك قطع.

والمذهب: لا قطع في اختلاس وتقدم فرع العتبيَّة فيمن ائترز بثوب فأخذ في الحرز ففر به.

الشَّيخ في الموازيَّة: من ترك السارق يسرق متاعه وأتى بشاهدين ليعايناه ولو أراد أن يمنعه لمنعه؛ فلا قطع وقاله مالك.

وقال أَصْبَغ: يقطع زاد ابن شاس، وثالثها: التفرقة لبعض المتأخرين بين أن يشعر برؤيتهم له فيفروا؛ فلا يقطع لأنه مختلس وبين أن لا يشعر بذلك؛ فيقطع لأنه سارق، ولم يعزه ابن هارون إلا لمالك ولا أعرفه، وعزاه الأول لمحمد فقط وتقدم الخلاف في الصغير الذي لا يعقل يسرق من حرز.

وفيها: من سرق صبيًا حرًّا أو عبدًا من حرزه قطع.

الشَّيخ عن محمد: وقاله مالك وأصحابه.

أشهب: إن كان الصبي يعقل والعبد يفصح؛ فلا قطع فيهما.

وقال ابن الماجِشُون: لا قطع على من سرق حرًّا.

أبو عمر: وبقول مالك قال الثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، والحسن، والشعبي، والزهري، وقول ابن الحاجب، وقاله الفقهاء السبعة واختار اللخمي قول ابن الماجِشُون إلا أن يكون ذلك ببلد يخشى فيه سرقة أولادهم.

[باب في شرط قطع السارق]

ونصوص المذهب واضحة بأن شرط قطع السارق تكليفه حين سرقته(1).

وفيها: إن دخل حربي بأمان فسرق قطع.

اللخمي: وقال أشهب: لا قطع عليه إن سرق ولا على من سرق منه، وأن لا يقطع أبين إلا أن يبين له ذلك حين تأمينه، والقطع إن سرق منه أحسن.

وفيها: ولا يقطع الصبي إذا سرق ولا المجنون المطبق، والذي يجن ويفيق إن سرق حال إفاقته قطع، وإن أخذ في حال جنونه استؤنى به حتى يفيق ثم يقطع، وإن سرق في حال جنونه لم يقطع.

قال ابن الحاجب: فيقطع الحر والعبد والذمي والمعاهد، وإن كان المسروق لمثلها وإن لم يترافعوا.

قلتُ: لأن حد القطع لله فقط، لا حق فيه للمسروق منه.

[illegible]

تثبت بالبينة كالإقرار بها طوعًا[illegible].

(1) قال الرَّصاع: قوله: (تكليفه) أخرج به الصبي والمجنون والمطبق، ويدخل فيه المسلم والكافر حتى الحربي، إذا دخل بأمان؛ فإنه يقطع، وصوب الشَّيخ كلام ابن الحاجب في قوله: فيقطع الحر والعبد والذمي والمعاهد، وإن كان المسروق لمثلها وإن لم يترافعوا.
قال الشَّيخ: لأن حق القطع لله تعالى، ولا حق فيه للمسروق منه.

وفيها: وينبغي للإمام إذا شهدت بينة عنده على سارق أن يسألهم عن السرقة ما هي، وكيف هي، ومن أين أخذها، وإلى أين أخرجها، كما يسألهم في الزنا.

قلتُ: واتباع القرافي نظائر أبي عمران في اشتراط معية إتيان بينة السرقة للشهادة بها وهم وحكم رجوع المقر طوعًا تقدم في الإقرار بالزنا.

اللخمي: فيمن أقر بعد التجديد خمسة أقوال:

مالك: لا يؤخذ به.

ابن القاسم: إن خرج المتاع والقتيل؛ فإنه يقال إلا أن يقر بعد أمن من عقوبة أو يخبر بأمر يعرف به وجه ما أقر به؛ كأنه يريد إن أخرج المتاع أو القتيل بانفراده لا يؤخذ به إلا أن ينضاف إلى ذلك ما يدل على صحته كقوله: اجترأت أو فعلت فيذكر ما يدل على صدق إقراره.

وقال مالك في الموازيَّة: إن عين السرقة قطع إلا أن يقول دفعتها إلى فلان؛ وإنما أقررت لما أصابني ولو أخرج دنانير لم يقطع؛ لأنها لا تعرف.

أشهب: لا يقطع ولو ثبت على إقراره إلا أن يعين السرقة، ويعرف أنها للمسروق منه.

وقال سَحنون: إن أقر في حبس سلطان بعد أن ألزمه إقراره وكيف ينبغي إذا حبس أهل الظنة ومن يستوجب الحبس إذا قر في حبسه أن لا يلزمه. قال: وإنما يعرف

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (تثبت بالبينة والإقرار بها طوعا)، وهو ظاهر، وأخرج بالطوع إذا ثبت إكراهه، وتأمل إذا أقر بالسجن، وقد نقل عن سَحنون أنه قال: من أقر في سجن سلطان عدل لزمه إقراره.

(فإن قلت): إذا أقر عبد أو مكاتب أو مدبر بسرقة، هل يعمل على ذلك؟.

(قلت): نعم، ويقطع من أقر بذلك، ووقع في المدَوَّنة ذلك، وقال فيها: إن ادعى السيد ما أقر به من ذكر صدق مع يمينه.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: وفي قبول قوله في المكاتب نظر.

(قلت): إنما قال ذلك؛ لأن فيه دليلين تعارضا.

قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» فهذا يوجب تصحيح قولها، وقوله ﷺ: «أحرز نفسه وماله» فهذا يوجب ردًا لقولها؛ فلذا قال وفيه نظر، والله سبحانه أعلم، وبه التوفيق.

هذا من ابتلي بالقضاء،

وقول ابن شاس: ولو رد السارق اليمين فحلف الطالب ثبت الغرم دون القطع واضح؛ لأن النكول واليمين يثبت المال دون القطع؛ لأنه لا يثبت إلا ببينة أو إقرار.

وفيها: إن أقر عبد، أو مدبر، أو مكاتب، أو أم ولد بسرقة قطعوا إذا عينوا السرقة وأظهروها؛ فإن ادعى السيد أنها له صدق مع يمينه.

قلتُ: في قبول قوله في المكاتب نظر.

وفيها: إن شهد رجل وامرأتان على رجل بالسرقة؛ لم يقطع وضمن قيمة ذلك، ولا يمين على رب المتاع وإن شهد بذلك رجل واحد حلف الطالب مع شهادته، وأخذ المتاع فصعد إن كان قائمًا، ولا يقطع السارق وإن استهلك المتاع ضمن السارق قيمته وإن كان عديمًا.

[باب موجب السرقة]

وموجب السرقة: قطع السارق وضمانه السرقة إن لم يقطع لازم له اتفاقًا، فإن قطع وهي قائمة بعينها استحقها ربها، وإن استهلكها ففي ضمانه إياها مطلقًا ونفيه. ثالثها: إن اتصل يسره بها من يوم السرقة إلى يوم القطع.

ورابعها: إلى يوم القيام للخمي عن حكاية ابن شعبان قائلًا: وقاله غير واحد من أهل المدينة.

وقول عبد الوهاب: قال بعض شُيُوخنا: غرمه استحسان والقياس عدمه ولها مع المشهور وأشهب.

ابن حارث: اتفق أصحاب مالك أن السارق المعسر يوم القطع لم يضمن السرقة إلا محمد بن عبد الحَكم قال: يضمنها ولو كان معسرًا.

وفيها: من قطعت يده لسرقة ولا مال له إلا قدر قيمتها فغرمها، ثم قام قوم سرق منهم قبل ذلك، فإن كان من وقت سرق منهم لم يزل مليئًا بمثل هذا الذي غرم الآن تحاصوا فيه كلهم، وإن أعدم في خلال ذلك ثم أيسر فكل سرقة سرق من يوم يسره

المتصل إلى الآن فأهلها يتحاصون في ذلك دون من قبلهم، وإن لم يحضروا يوم القطع كلهم فلمن غاب الدخول عليهم فيما أخذوا كغرماء المفلس.

وفيها: إن باع السارق السرقة فقطع ولا مال له فوجدت عند مبتاعها قائمة، فلربها أخذها ويتبع المبتاع السارق بالثمن.

اللخمي: إن استهلكها مشتريها، فإن أجاز ربها البيع تبع السارق بشرط يسره كما مر، وإن رد البيع وأغرم مبتاعها قيمتها وتبع مبتاعها السارق بالثمن مطلقًا، فإن كان المشتري عديمًا فلربها أخذ السارق مطلقًا بالأقل من ثمنها وقيمتها، فإن كان الأقل ثمنها تبع مبتاعها بتمام القيمة، وإن كان قيمتها تبع المبتاع السارق بتمام الثمن.

اللخمي: لو لم تثبت السرقة إلا بشاهد واحد أولا بينة، وقال: سرقت من غير حرز أو سقطت يمينه بأمر من الله تعالى، ففي غرمه مطلقًا أو بشرط ملائه قولا ابن القاسم وأشهب.

قلتُ: بناء على اعتبار الحكم الواقع وقول ربها، قال: وكذا لو اعترف بسرقة من حرز ثم رجع لعذر فسقط قطعه جاءت القولان، ولو كانت لا قطع فيها غرمها مطلقًا اتفاقًا.

الشَّيخ: قال مالك في المختصر الكبير: تقطع يد السارق ثم يحسم موضع القطع بالنار، وكذا في الرجل وحده في اليد من مفصل الكوع، وفي الرجل من مفصل العقبين.

وفيها مع غيرها: من سرق مرة بعد مرة قطعت يده اليمنى، ثم رجله اليسرى، ثم يده اليسرى، ثم رجله.

وفيها: إن سرق ولا يدين له ولا رجلين لم يقطع منه شيء، ولكن يضرب ويحبس ويضمن السرقة وإن كان عديمًا.

الشَّيخ: روى محمد: من قطعت يداه ورجلاه في سرقات، ثم سرق جلد وحبس.

وذكر ابن حبيب حديثا في السارق: إذا قطع أربع مرات، ثم سرق؛ قتل وليس بثابت.

ومالك وأصحابه على أنه يعاقب، إلا أبا مصعب فإنه قال: يقتل.

وفيها: إن سرق ولا يمين له، أو له يمين شلاء قطعت رجله اليسرى، قاله مالك، ثم عرضتها عليه فمحاها، وقال: تقطع يده اليسرى، فقوله في الرجل اليسرى أحب إليَّ وبه أقول.

ابن زرقون: وقال ابن وَهْب، وأبو مصعب: تقطع اليد الشلاء.

قلتُ: وثالثها لابن حارث عن أشهب إن كان شللًا خفيفًا قطعت، وإن كان كثيرًا قطعت اليسرى.

الباجي: إن كانت يمناه شلاء، ففي الموازيَّة إن كان الشلل بيِّنا لا يقتص منه لم تقطع.

اللخمي: وقال ابن وَهْب في مختصر ما ليس في المختصر: يقطع إن كان ينتفع بها، ومن سرق ولا يد له، ففي قطع رجله اليسرى أو اليمنى سماع ابن القاسم، وتخريج ابن رُشْد على قول مالك في أشل اليمنى تقطع رجله اليسرى.

وفيها: من سرق وقد ذهب من يمناه أصبع قطعت، وإن لم يبق منها إلا أصبعان قطعت يده اليسرى.

اللخمي: ولمالك في كتاب المدنيين: إن بقي أكثرها قطعت، فعليه إن بقيت ثلاثة قطع؛ لأنه أكثرها.

وقول ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: ولو قطع الجلاد أو الإمام اليسرى عمدًا؛ فله القصاص والحد باق، هو دليل قولها مع غيرها: إن أمر الإمام بقطع يد السارق فقطع يساره غلطًا أجزأه، ولا شيء على القاطع.

اللخمي: وقال ابن الماجِشُون: لا يجزئه وتقطع يمينه وعقل شماله في مال السلطان إن كان المخطئ أو في مال القاطع إن كان هو المخطئ، وإليه رجع مالك.

قلتُ: وكذا نقله الشَّيخ عنه، وهو يبين قصور قول ابن حارث: اتفقوا في السارق يخطأ به تقطع يسراه؛ أن القطع ماض ولا تقطع يمينه.

قال اللخمي: وإن قطعت اليسرى في سرقة، ثم سرق ثانية، فعلى قول ابن القاسم: تقطع رجله اليمنى.

وقال ابن نافع: رجله اليسرى، قال: ولو كان قطع اليد اليسرى خطأ؛ فلا تترك الرجل اليسرى على العمد.

قلتُ: ما حكاه اللخمي إجراء على قول ابن القاسم، ذكره ابن حارث عنه من رواية يحيى بن يحيى عنه.

اللخمي: وفي الموازيَّة: لو دلس السارق باليسرى حتى قطعت أجزأه، وعلى ما عند ابن حبيب: لا يجزئه.

وقال ابن حبيب وغيره: إن ذهبت اليمنى بعد السرقة بأمر من الله، أو تعمد أجنبي لا يقطع منه شيء؛ لأن القطع كان وجب فيها، وقياد قوله إن الشمال تجزئه تقطع شماله.

قلتُ: لا يلزم من كونها محلًا للقطع أو لا بعد وقوعه كونه كذلك قبله.

وفيها: إن قطعت يد السارق؛ كان ذلك لكل سرقة تقدمت أو قصاص وجب في تلك اليد.

وإن ضرب في شرب الخمر أو جلد في الزنا؛ أجزأ لهذا ولكل ما كان فعله قبل ذلك.

وفي الرجم منها: ومن قذف وشرب خمرًا جلد حدًا واحدًا، وإذا اجتمع على الرجل مع حد الزنا حد القذف أو شرب خمر أقيما عليه، ويجمع الإمام ذلك عليه إلا أن يخاف عليه فيفرق الحدين.

اللخمي: هذا على أن القذف حق لله وعلى أن فيه حقًّا للآدمي فلا؛ لأن ذلك لا يرفع معرة القذف، وتقدم كلامه في هذا في مسألة من قذف بجماعة.

وفي قذفها: وكل حد أو قصاص اجتمع مع القتل فالقتل يأتي على ذلك كله إلا حد القذف؛ فإنه يقام عليه قبل القتل لحجة المقذوف في العار.

وفيها: إن شهد عليه أنه زنى وهو بكر، ثم زنى بعد أن أحصن رجم ولم يجلد.

اللخمي: القياس أن يجلد ثم يرجم؛ لأن الضرب غير جنس القتل.

وفي سرقتها: وإذا لم يقم بالسرقة حتى طال الزمان وحسنت حال السارق، ثم

اعترف أو قامت بذلك بينة؛ فإنه يقطع، وكذا حد الخمر والزنا.

قال ابن الحاجب: ولا تسقط الحدود بالتوبة. نقضه ابن عبد السلام بحد الحرابة، فإنه يسقط بالتوبة ويجاب بمنع تقرر حده قبل الحد واعتبار توبته؛ إنما هو قبل الأخذ وهي بعده لغو.

[كتاب الحرابة]

الحرابة: الخروج لإخافة سبيل لأخذ مال محترم بمكابرة قتله، أو خوفه، أو إذهاب عقل، أو قتل خفية، أو لمجرد قطع السبيل لا لإمرة ولا عداوة[1]، فيدخل قوله

(1) قال الرَّصاع: الحرابة مأخوذة من حارب يحارب محاربة وحرابة، ومدلولها معلوم لغة، وإنه عام في العرفي وغيره، وفي عرف الشرع خاص بما ذكره الشَّيخ:.
قوله: (الخروج) مصدر، وهو مناسب للمحدود؛ لأنه مصدر أيضًا.
(فإن قلت): المحدود فيه مفاعلة، والحد فيه فعل لواحد لا مفاعلة.
(قلت): إنما المفاعلة في معناه اللغوي، وأما عرفه الشرعي؛ فالمراد منها غيره، وهو الخروج المذكور، والله الموفق.
قوله: (لإخافة سبيل) الخروج جنس، ولإخافة سبيل فصل، أخرج به الخروج لغير الإخافة للسبيل، والسبيل هو الطريق.
قوله: (لأخذ مال) أخرج به الإخافة لا لأخذ مال؛ بل خرج لإخافة عدو كافر، ويتعلق بالإخافة.
قوله: (محترم) أخرج به الإخافة لغير المال المحترم، كمال حربي، أو مال محرم مجمع على تحريمه؛ فخرج لإهلاكه كالخمر.
قوله: (بمكابرة قتال) يتعلق بأخذ مال أخرج به إذا كابر بغير مكابرة قتال.
قوله: (أو خوفه) الضمير يعود على القتال يعني إما بحصول قتال أو خوف توقعه، ولو لم يقع قتال.
قوله: (أو إذهاب عقل) ليدخل ما وقع في المدَوَّنة من قولها، والخناقون الذين يسقون الناس السيكران ليأخذوا أموالهم محاربون.
قوله: (أو قتل خفية) ليدخل به قتل الغيلة، وقد ذكره ابن القاسم؛ وسماه حرابة.
قوله: (أو لمجرد قطع الطريق) ليدخل من قال: لا أدع هؤلاء يمشون إلى الشام أو غيره ممن منع مجرد قطع الطريق.
قوله: (لا لإمرة إلخ) وقع في الرواية، وأخرج به مثل ذلك عن الحرابة فلذلك زاده.
(فإن قلت): إذا أخذ رجل مال رجل قهرًا، ثم خاف أن يطلبه بما أخذ فقتله، هل هو محارب أم لا؟.
(قلت): نقل اللخمي على أنه غير محارب، قال: وإنما هو مغتال.
(فإن قلت): إذا كان مغتالًا ولم يكن محاربًا، وقد قدمنا دخول الغيلة في رسم الشَّيخ، وإنها قسم من الحرابة، فكيف يقبل الشَّيخ من اللخمي ما رأيت، ولم يعترض عليه؟ فإن صح عنده قوله؛ بطل إدخاله في رسمه، وإن صح ما ذكره أولًا وحققه؛ بطل قبول كلام اللخمي.
=

(قلت): يظهر أن ذلك يرد عليه، ولما ذكر الشَّيخ ابن عبد السلام كلام اللخمي قال: وفيه نظر، ولم يعين النظر، ولعله ما أشرنا إليه من دخول ذلك في الحرابة، فكلام اللخمي مخالف للرواية، أو أنه ظاهره، ولو فعل ذلك غير خفية؛ والغيلة يشترط فيها الخفية، فانظره.

(فإن قلت): قد قيد الشَّيخ كلام اللخمي.

(قلت): قيده بتقييد لإيجاب بمثله عما ذكرناه؛ لأنه قال هذا إن فعل ذلك خفية، وإلا فليس غيلة، فغايته تصحيح كونه غيلة بكونه خفية، وأنه ليس حرابة.

(فإن قلت): قد كرر الشَّيخ: لفظة: (أو) في تعريفه، وقد علم ما قالوه، وقد قدمنا أول التأليف ما ذكروه، فما الجواب عنه هنا؟.

(قلت): الشَّيخ ابن عبد السلام: أورد سؤالًا على لفظ ابن الحاجب في حد القذف، وذكر كلامًا مناسبًا ذكره هنا.

(قال: فإن قلت): ذكر المصنف، أو في الحد وهي مجتنبة في الحدود.

(قال) إنما تجتنب في الحدود؛ لأنها تدل على أحد الشيئين على طريق البدل، أو الأشياء والحقيقة الواحدة لا تتركب من مختلفين على طريق البدل.

(قال): وأما الرسوم؛ فهي أكثر ما تستعمل في الفقه والنحو وأكثر العلوم؛ فلا مانع من إدخال لفظة: (أو) فيها؛ لأنه قد يتعذر وجود خاصة عامة لأفراد الماهية، فتوجد خاصة في نوع وخاصة أخرى لنوع آخر، فيقول: من أراد التعريف بالرسم متى وجد كذا، فقد وجدت جنسية كذا، هذا كلامه:، والشَّيخ تلميذه: لم يعترضه وسلمه، ويمكن الجواب به عنه هنا، وقد قدمناه قريبًا من ذلك.

(فإن قلت): رسم الشَّيخ: في قوله: الخروج لأجل الإخافة؛ ظاهر في كونه حرابة، سواء وجدت أم لا، فالحرابة تتقرر وإن لم تكن إخافة؛ لأن الخروج لأجل الشيء لا يقتضي تحقق ذلك الشيء، وإذا صح ذلك؛ فيلزم أن من خرج لأجل ذلك ولم يقع منه إخافة وقدر عليه؛ أن حكمه حكم المحارب لوجود الحرابة فيه، وذلك مخالف لما نص عليه اللخمي؛ لأنه قال: من أخذ بحضرة خروجه، ولم يخف سبيلًا؛ عوقب ولم تجب عليه أحكام الحرابة.

(قلت): هذا كلام اللخمي، ووقع في المدَوَّنة ما يخالفه؛ ولعل الشَّيخ قصد ما فيها والله أعلم، وانظر كلام الشَّيخ ابن عبد السلام في لفظ ابن الحاجب؛ ففيه مناسبة لما هنا، ثم إن الشَّيخ: أتى بلفظ ابن الحاجب قال: قال ابن الحاجب: الحرابة كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه تتعذر معه الاستغاثة عادة من رجل أو امرأة، أو حر أو عبد، أو مسلم أو ذمي، أو مستأمن ومخيفها، وإن لم يقتل ويأخذ مالًا.

قال الشَّيخ: فحمله ابن عبد السلام على أنه ذكر كلية شاملة لصور، وليس كما توهم، وحمله ابن هارون على أنه رسم، وتعقبه بأمور.

أوالخناقون الذين يسقون الناس السيكران ليأخذوا أموالهم محاربون.

الباجي عن ابن القاسم: قتل الغيلة حرابة؛ وهو قتل الرجل خفية لأخذ ماله، قال: وفي العتبيَّة والموازيَّة: من خرج لقطع السبيل لغير مال، فهو محارب لقوله: لا أدع هؤلاء يخرجون إلى الشام، أو إلى مصر، أو إلى مكة، وكذلك كل من حمل السلاح على الناس وأخافهم من غير عداوة ولا نائرة.

الشَّيخ عن محمد: من دخل على رجل فقتله لعداوة أو نائرة ليس لأخذ مال فليس بحرابة.

قال ابن الحاجب: الحرابة كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه تتعذر الاستغاثة عادة من رجل، أو امرأة، أو حر، أو عبد، أو مسلم، أو ذمي، أو مستأمن ومخيفها، وإن لم يقتل ولم يأخذ مالا، فحمله ابن عبد السلام على أنه ذكر كلية شاملة لصور، وليس برسم، وحمله ابن هارون على أنه رسم وتعقبه بأمور.

وفيها: وليس كل المحاربين سواء، منهم من يخرج بعصا، أو خشبة، أو شبه ذلك فيؤخذ على تلك الحال بحضرة الخروج، ولم يخف السبيل، ولم يأخذ المال هذا لو أخذ

ومما أورد على ابن الحاجب: أن المتعذر الإغاثة لا الاستغاثة، وعندي أن في ذلك نظرًا؛ فإنه راعى اللفظ لأن القصد الاستغاثة النافعة، والمعنى عليه وليس فيه عناية لدلالة السياق، وأورد عليه من تغلب عليه ولم يغب؛ فإنه يدخل تحت ذلك وليس بحرابة.

وأجاب الشَّيخ ابن عبد السلام عن المؤلف بما نقله عنه أولًا، وأنه لم يقصد حدًا ولا رسمًا؛ وإنما قصد إلى ذكر كلية يلزم اطرادها دون انعكاسها.

قال الشَّيخ: ليس كما توهم يعني؛ لأن سياق كلامه في ذكر الحقائق؛ إنما هو قصد الرسوم أو الحدود، وأما الإخبار بكلية كما ذكر؛ فليس فيه كمال فائدة، وقد بسط هذا الرد قبل هذا، وهذا الكلام هو الذي أوجب لي الكلام على جميع ما رأيت في كلام الشَّيخ من ضوابط فقهية؛ لأنه قصد بها شبه الرسم فيرد عليها ما ذكره، وقصدي بذلك كمال الفائدة للناظر في كتابه؛ ليكون هذا التقييد عونًا له على تحصيل فهم رسومه وأكثر شروطه وضوابطه، والله سبحانه ينفع الجميع بقصده، وحق الشَّيخ أن يعترض على ابن الحاجب في تصديره بكل في الرسم، ولما رأى كلام ابن الحاجب معترضًا عدل عنه إلى ما ذكر واختصر.

فيه بأيسر الحكم لم أر به بأسًا وذلك الضب والنفي ويسجن في الموضع الذي ينفى إليه، وليس للإمام أن يعفو عنه.

اللخمي: من أخذ بحضة خروجه ولم يخف سبيلًا عوقب، ولم يجر عليه شيء من أحكام المحاربين كمن خرج ليسرق أو يقتل أو شرب خمرًا فأخذ قبل فعله ذلك، وكذا لو حصل منه خوف وأخذ بالحضرة قبل أن ينقطع أحد عن تلك الطريق بسببه، ولو قعد جماعة لصوص لقوم فعلم بهم الإمام، فأخذهم قبل أن يعلم بهم من قعدوا له؛ لم يحكم عليهم بحكم الحرابة، ولو علم بهم المسافرون، فامتنعوا من تلك الطريق جرى عليهم حكم المحاربين.

وفيها: وإن قطعوا على المسلمين أو على أهل الذمة، فهو سواء، وقد قتل عثمان ﷺ مسلمًا قتل ذميًّا على وجه الحرابة على مال كان معه.

الشَّيخ عن الموازيَّة: وقد يكون الواحد محاربًا.

عياض: فيها ساقي السيكران محارب، وظاهر الموازيَّة: إنما تكون محاربة، إذا كان ما سقاه يموت به.

اللخمي: قوله في ساقي السيكران محارب ليس ببين.

وروى محمد: من أطعم قومًا سويقًا؛ فمات بعضهم، ونام بعضهم فلم يفق إلى الغد وأخذ أموالهم، فقال: ما أردت قتلهم إنما أعطانيه رجل، وقال: يسكر، فأردت إخدارهم لأخذ أموالهم، لم يقبل قوله ويقتل، ولو قال: ما أدرت إخدارهم ولا أخذ أموالهم؛ إنما هو بسويق لا شيء فيه، إلا أنه أخذ أموالهم حين ماتوا؛ فلا شيء عليه إلا الغرم.

الشَّيخ عن سَحنون: في السارق ليلًا يأخذ المتاع، فيطلب رب الدار نزعه منه فيكابره بسيف أو عصا حتى خرج به أو لم يخرج، وكثر عليه الناس، ولم يسلمه محارب.

اللخمي: وإن أخذ مال رجل بالقهر، ثم قتله خوف أن يطلبه بما أخذ لم يكن محاربًا؛ إنما هو مغتال.

قُلتُ: هذا إن فعل ذلك خفية وإلا فليس بغيلة، قال: ولمالك في الموازيَّة: من لقي

رجلًا فسأله طعامًا فأبى فكتفه ونزع منه الطعام وثوبه؛ إنما يشبه المحارب ويضرب وينفي، وكذا الذي تؤخذ منه الدابة فيقر أنه وجد عليها رجلًا فأنزله وأخذها؛ فإنه يطرب وينفى، وقال: في الذي يجد الرجل في السحر وعند العتمة، فينتزع ثوبه في الخلوة؛ لا قطع عليه إلا أن يكون لصًّا أو محاربًا، وأما من كابر رجلًا في ليل حتى نزع ثوبه عن ظهره؛ فلا قطع عليه.

وقال: المحارب من حمل السلاح على الناس على غير نائرة أو عداوة، أو قطع طريقًا أو أخاف المسلمين، قال: واختلف في المحارب في المدينة فقال ابن القاسم: هو محارب، ولعبد الملك في كتاب ابن سَحنون لا يكونون محاربين في القرية، إذا كانوا مختفين لا يفسدون إلا الواحد والمستضعف، إلا أن يكونوا جماعة يريدون القرية كلها مكابرين معلنين أنهم كلا اللصوص الذين يفتتحون القرى.

زاد الشَّيخ: وخالفه سَحنون وقال: ذلك سواء ومن علم به بعد أن أخذ المتاع وخرج به، فقال حين مجيئه: سارق لأن قتاله حينئذ ليدفع عن نفسه، وإن علم به قبل أخذ المتاع، وخرج به فقاتل حتى أخذه؛ فهو محارب عند مالك، وعند عبد الملك ليس بمحارب.

الشَّيخ عن الموازيَّة: وقتل الغيلة من المحاربة أن يغتال رجلًا أو صبيًّا يخدعه حتى يدخل موضعًا فيأخذ ما معه؛ فهو محارب.

وفيها: وجهاد المحاربين جهاد.

ابن شعبان: جهادهم أفضل من جهاد الكفار.

ولابن رُشْد في رسم يدير ماله من نوازل أَصْبَغ: جهاد المحاربين عند مالك وأصحابه جهاد.

قال أشهب عنه: من أفضل الجهاد وأعظمه أجرًا.

وقال مالك: في أعراب قطعوا الطريق جهادهم أحب إليَّ من جهاد الروم.

قلتُ: ذكره الشَّيخ من كتاب ابن سَحنون، وفي دعوى اللص إلى التقوى قبل قتاله إن أمكن قولان لجهادها مع الشَّيخ عن رواية كتاب ابن سَحنون وابن الماجِشُون معه.

وفي جهادها مع الشَّيخ عن رواية ابن سَحنون: إن طلب إسلافه طعامًا أو أمرًا خفيفًا؛ رأيت أن يعطوه ولا يقاتلوا.

الشَّيخ عن سَحنون: لا أرى أن يعطوا شيئًا ولو قل.

[باب في موجب الحرابة وحدها]

وحدها أحد الأربعة القتل أو الصلب أو القطع من خلاف أو النفي[1].

الشَّيخ عن الموازيَّة: وكتاب ابن سَحنون: قول مالك وأصحابه أن هذا التخيير؛ إنما هو على الاجتهاد من الإمام، ومشورة الفقهاء بما يراه أتم مصلحة، وليس على هو الإمام اللخمي في كونه على الترتيب أو التخيير رواية الأكثر، وابن وَهْب فعلى الترتيب، قال: إن لم يخف ولم يأخذ مالًا ولا قتل أخذ فيه بأيسر الحكم.

ابن القاسم: هو أن يجلد وينفى ويسجن في الموضع الذي نفي إليه، وإن أخاف أو أخذ مالًا أو جمعهما خير في قتله وقطعه، وكذا إن طال أمره ونصب ولم يأخذ مالًا وإن طال زمانه وعلا أمره وأخذ المال ولم يقتل؛ قتل، ولا تخيير فيه.

وعلى رواية ابن وَهْب: قال مالك: إن نفى الناس في كل موضع وعظم فساده وأخذ أموال الناس، فالسلطان يرى فيه رأيه في أحد الأربعة، قال: ويستشير في ذلك.

ولأشهب: فيمن أخذ بحضرة خروجه ولم يخف؛ للإمام نفيه أو قطعه أو قتله، وهو نحو رواية ابن وَهْب أن القليل الجرم وكثيره سواء، وهذا ما لم يقتل فإن قتل تعين قتله، لم يختلف فيه قول مالك.

وقال أبو مصعب: يخير في قتله ولو قتل.

اللخمي: يقتل المحارب بالسيف أو الرمح لا بصفة تعذيب ولا بحجارة، ولا برميه من مكان مرتفع، وإن صلبه صلبه قائمًا لا منكوسًا وتطلق يداه، وظاهر القرآن أن

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (الأربعة) أشار إلى العهد في القرآن، والاجتهاد في ذلك، والتخيير للإمام بمشورة العلماء بما يراه أتم مصلحة، وليس فيه هوى، وهل ذلك على الترتيب أو التخيير الأكثر على الأول؛ انظر الكلام على القطع والصلب، وهو ظاهر والله أعلم.

الصلب حد قائم بنفسه كالنفي، والمذهب إضافته للقتل ولمالك في بعض المواضع قال: يقتل أو يصلب أو يقطع أو ينفى كظاهر القرآن.

ابن القاسم: يصلب ثم يقتل مصلوبًا بطعن.

وقال أشهب: يقتل ثم يصلب، ولو صلبه ثم قتله، فله ذلك إذا بلغ ذلك جرمه.

محمد: لو حبسه ليصلبه، فمات في الحبس لم يصلبه، ولو قتله إنسان في الحبس؛ فللإمام صلبه.

ابن الماجِشُون: لا يمكن أهله من إنزاله، ويبقى حتى يفنى على الخشبة أو تأكله الكلاب.

وقال أَصْبَغ: لا بأس أن يخلي أهله ينزلونه، ويصلى عليه ويدفن.

وقال سَحنون: إذا قتل وصلب أنزل من ساعته، ودفع لأهله للصلاة عليه ودفنه.

وقال أيضًا: إن رأى الإمام أن يبقيه اليومين والثلاثة لما رأى من تشديد أهل الفساد؛ فذلك له، ولكن ينزله فيغسله أهله ويكفن ويصلى عليه، ثم إن رأى إعادته إلى الخشبة أعاده.

ابن رُشْد: اختلف في النفي، روى مُطَرِّف: أنه السجن، وروى ابن القاسم قال: هو أن ينفى من بلده إلى آخر أقله ما تقصر فيه الصلاة؛ يسجن فيه إلى أن تظهر توبته.

ابن الماجِشُون: هو أن يطلبهم الإمام لإقامة الحد عليهم، فهروبهم هو النفي لا أن ينفى بعد أن يقدر عليه، زاد اللخمي: ذكر عن مالك وابنه والمغيرة وابن دينار.

قلتُ: والذي نقل اللخمي أن ابن حبيب روى أنه يضرب ويطال سجنه.

قلتُ: وذكر الشَّيخ لرواية مُطَرِّف، فالأقوال إذًا أربعة، قال: ويسجن وإن طالت سنوه حتى تقرر توبته بما يعرف من غالب أمره، ولا يقبل ذلك بمجرد الظاهر؛ لأنه كالمكره بكونه في السجن، فيظهر النسك ليخلص نفسه، فلا يعجل بإخراجه، ولو علمت توبته حقيقة قبل طول أمده لم يخرج؛ لأن طوله أحد الحدود الأربعة.

وفي الزاهي قيل: هو أن ينفى من قراره، ثم يطلب فيختفي، ثم يطلب أبدًا ولا ينفى لبلد الشرك، وبه أقول وهو عمل أهل المدينة.

قلتُ: فيكون خامسًا.

قال اللخمي: وعلى أحد قولي مالك أن النفي بالموضع الذي هو به؛ تسجن المرأة، أو تضرب ثم تسجن، وعلى قوله أنه يخرج عن بلده يسقط عنهن، قال: وأرى إن وجدت وليًّا أو جماعة لا بأس بحالهم، وقالت: أخرج إلى بلد آخر وأسجن فيه حتى تظهر توبتي أن لها ذلك؛ لأنه أهون من القطع والقتل، قال: ويختلف في نفي العبد حسب ما تقدم في المرأة، وأرى إن قال سيده: أرضى أن ينفى ولا يقطع؛ أن يكون ذلك له والصبي إن حارب ولم يحتلم ولا أنبت عوقب، ولم يقم عليه حد الحرابة.

قال: والمجنون يعاقب لينزجر إلا أن يكون الذي به الأمر الخفيف، فيقام عليه الحد والقطع.

ابن رُشْد: هو قطع يده اليمنى، ورجله اليسرى، ثم إن عاد قطع ما بقي، وإن كان أشل اليد اليمنى أو مقطوعها في قصاص أو جناية وشبهه.

فقال ابن القاسم: تقطع يده اليسرى، ورجله اليمنى.

وقال أشهب: تقطع يده اليسرى، ورجله اليسرى. والأول أظهر.

اللخمي: عن محمد: إن لم يكن له إلا يد واحدة، أو رجل واحدة قطعت، وإن لم يكن له إلا يدان؛ قطعت اليمنى فقط.

وعليه إن لم يكن له إلا رجلان -قطعت اليسرى فقط، والتعيين للإمام لا لمن قطعت يده أو فقئت عينه.

قلتُ: ومقتضى المذهب في هذا أن الإمام لا يحكم بمجرد نفيه؛ بل بقطعه أو قتله، وتقدم كون التخيير في أحد الأربعة؛ إنما هو بمصلحة درء مفسدة ما صدر منه.

قال ابن الحاجب: ولغيرهما ولمن وقعت منه فلتة النفي، ويضربهما إن شاء.

قلتُ: تقدم ذكر الخلاف في لزوم الضرب في النفي.

اللخمي: ضربه قبل النفي استحسان، كما قال أشهب.

ابن عبد السلام: قوله: إن شاء موافق لكلام أشهب، خلاف قول ابن القاسم في المَدَوَّنة: أنه لابد من ضرب من ينفى.

قلتُ: في الرجم منها: ولا ينفى الرجل الحر إلا في الزنا أو حرابة، فيسجنان جميعًا في الموضع الذي ينفيان إليه، يسجن الزاني سنة، والمحارب حتى تعرف توبته.

قلتُ: فظاهره عدم الضرب.

وفي كتاب المحاربين منها: وليس للإمام أن يعفو عن أحد من المحاربين، ولكن يجتهد في ضربه ونفيه، فظاهره أو نصه ثبوت الضرب.

وفي الجلاب: ولو قتله وإن لم يقتل أحدًا في حرابته إذا أداه اجتهاده إلى قتله إذا حارب أو أفسد في الأرض.

الشَّيخ في الواضحة: وله أن يقتل أو يصلب من لم يقتل، وقاله مالك، وابن دينار، وابن الماجِشُون، وتقدم نقل اللخمي: إن قتل تعين قتله لم يختلف فيه قول مالك.

وقال أبو مصعب: يخير في قتله ولو قتل.

وفيها: إن كانوا جماعة فقتلوا رجلًا، ولو ولي أحدهم قتله والباقون عون له فأخذوا؛ قتلوا كلهم، وإن تابوا قبل أن يؤخذوا دفعوا إلى أولياء القتيل، فقتلوا من شاءوا، وعفوا عن من شاءوا، وأخذوا الدية ممن شاءوا، وقد قتل عمر رضي الله عنه ربيئة كان ناظورا للباقين، زاد الباجي عن ابن القاسم: يقتلون ولو كانوا مائة ألف، وعزاه الشَّيخ له في العتبيَّة.

الباجي: لمحمد عن مالك، وابن القاسم، وأشهب إن ولي أحد المحاربين قتل رجل ممن قطعوا عليه، ولم يعاونه أحد من أصحابه؛ قتلوا أجمعون، ولا عفو فيهم لإمام ولا لولي.

قال ابن القاسم: ولو تابوا كلهم قبل القدرة عليهم؛ فللولي قتل جميعهم، وقتل من شاء، والعفو عن من شاء.

وقال أشهب: لا يقتل منهم إلا من ولي القتل، أو أعان عليه وأمسكه لمن يعلم أنه يريد قتله، ولا يقتل الآخرون، ويجلد كل واحد منهم مائة، ويسجن عامًا.

وتوبة المحارب قبل القدرة عليه: فيها مع غيرها: تسقط عنه حكم الحرابة في المقدمات، اختلف في صفة توبته على ثلاثة أقوال:

* أحدها: أنها بأحد وجهين:

أحدهما: أن يترك ما هو عليه، وإن لم يأت الإمام.

والثاني: أن يلقي السلاح ويأتي الإمام طائعًا، هذا قول ابن القاسم.

* القول الثاني: أن توبته؛ إنما تكون بأن يترك ما هو عليه، ويجلس في موضعه حتى لو علم الإمام حاله، لم يقم عليه حد الحرابة، هذا قول ابن الماجِشُون.

* القول الثالث: أن توبته؛ إنما تكون بالمجيء إلى الإمام، وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكمها من الإمام إن أخذ قبل أن يأتي الإمام.

الباجي: إذا أقر اللص، فروى أَصْبَغ عن ابن القاسم: إن قتل أحدًا اتبع، وإن لم يكن قتل أحد فما أحب أن يتبع ولا يقتل.

وقال سَحنون: يتبعون ولو بلغوا برك الغماد، وعنه: يتبع منهزمهم ويقتلون مدبرين ومقبلين ومنهزمين، وليست هزيمتهم توبة، وأما التذفيف عن جريحهم فإن لم تستحق هزيمتهم، وخيف كرتهم ذفف على جريحهم، وإلا فهو أسير الحكم فيه للإمام.

وفي الموازيَّة قال ابن القاسم: لا يجهز على جريحهم، ولم يره سَحنون، قال: ولا يجوز أن يؤمن المحارب إن سأل الأمان بخلاف المشرك؛ لأن المشرك يقر إذا أمن على حاله وبيده أموال المسلمين، ولا يجوز تأمين المحارب على ذلك، ولا أمان له.

محمد: وإن امتنع المحارب بنفسه حتى أعطي الأمان، فاختلف فيه، قيل: يتم له ذلك، وقيل: لا، قاله أَصْبَغ امتنع في حصن أو مركب أو فر من أمنه السلطان أو غيره؛ لأنه حق لله تعالى.

وفي المقدمات: اختلف فيما تسقط عنه التوبة على أربعة أقوال:

الأول: لا تسقط عنه إلا حد الحرابة، ويؤخذ بها سوى ذلك من حقوق الله تعالى وحقوق الناس.

الثاني: يسقط عنه حد الحرابة، وحقوق الله من سائر الحدود، ويتبع بحقوق الناس من مال أو قتل والحق لولي القتيل.

الثالث: يسقط عنه حق الحرابة، وكل حقوق الناس، وما أخذ من الأموال إلا أن

يوجد شيء من ذلك قائم بنفسه لم يتلفه، أو يكون قد قتل؛ فيكون للولي أن يستقيد، وهذه رواية الوليد بن مسلم عن مالك.

والرابع: أن التوبة تسقط عنه جميع حق الله وحق الناس في دم أو مال، إلا أن يوجد شيء من ذلك قائم بيده بعينه.

وفيها: وإن أخذوا مالًا ثم تابوا، وهم عدماء؛ فذلك عليهم دين، وإن أخذوا قبل أن يتوبوا فأقيم عليهم الحد؛ قطعوا أو قتلوا، ولهم أموال أخذت أموال الناس من أموالهم، وإن لم يكن لهم يومئذ أموال ولم يتبعوا بشيء مما أخذوا كالسرقة.

اللخمي في ترجمة صفة القطع: قال محمد: إذا قطع أو نفي لم يتبع، وليس بالبين إذا نفي ولم يقطع، فأرى أن يتبع كالزاني إذا اغتصب امرأة؛ ضرب وغرم الصداق، وإن جرحوا لم يقتص منهم.

وقول ابن الحاجب: وأما الغرم فكالسارق.

وقال سَحنون: إن أقيم عليه حد الحرابة، وإلا ففي ذمته يوهم؛ ظاهره أن قول سَحنون خلاف، ومع التأمل يظهر كونه وفاقًا، وإلا كيف باختصاره هذه العبارة.

الشَّيخ: روى محمد: إن تاب أحد المحاربين، وقد أخذ كل واحد منهم حظه من المال؛ ضمن هذا التائب جميع المال.

الباجي: وقال محمد بن عبد الحكم: لا نرى على كل واحد إلا ما أخذ.

اللخمي: إن اعترف المحاربون بما في أيديهم لأهل رفقة اختصوا به، وأخذ كل منهم ما لم ينازع فيه، فإن تنازع اثنان شيئًا قسم بينهما على حكم التراضي فيه، فإن فضل فيه شيء وقفه الإمام، فإن تنازعه رجلان أحدهما من أهل الرفقة اختص به بعد حلفه، وإن ادعاه رجل من غيرهم.

قال مالك: يدفع له بعد الاستيناء وحلفه وضمنه إياه؛ يريد: بعد أن يصفه كاللقطة.

وفي دفعه له بحميل أو دونه قولا سَحنون ومالك: وإن ادعاه أجنبيان حلفا وقسم بينهما، ومن نكل منهما اختص به الحالف.

قال محمد: فإن نكلا لم يكن لهما فيه شيء.

وفيها: إذا أخذ المحاربون ومعهم أموال، فادعاها قوم لا بينة لهم دفعت إليهم بعد الاستيناء في استبراء ذلك من غير طول، فإن لم يأت من يدعيها بشيء، دفعت إليهم بعد أيمانهم بغير حميل، ويضمنهم الإمام إياها إن جاء لذلك طالب، ويشهد عليهم.

وفيها: وتجوز على المحاربين شهادة من حاربوه، إن كانوا عدولًا شهدوا بقتل أو مال، ولا تقبل شهادة أحدهم في نفسه، وتقبل شهادة بعضهم لبعض.

اللخمي لابن سَحنون عنه: لو قال أهل الرفقة كلهم عند الحاكم: قتل منا كذا وكذا، وسلب منا كذا وكذا حملًا، ومن الجوار كذا وكذا، فأما الأحمال فلفلان، والثياب لفلان، والجواري لفلان، فذلك جائز، ويوجب ذلك المحاربة والقتل، وذكره عن مالك وابن القاسم وأشهب.

الشَّيخ: لأشهب في الموازيَّة: إن قال اللصوص فيما في أيديهم هو من أموالنا؛ كان لهم، ولو كان كثيرًا لا يملكون مثله حتى يقيم مدعوه البينة.

محمد: إن شهد عليهم من قطعوا عليهم، وهم عبيد أو نصارى أو أحرار غير عدول لم يقبلوا، ولكن إن استفاض ذلك من الذكر وكثرة القول؛ أدبهم الإمام وحبسهم، ونقله الباجي عن سَحنون: وقال: أدبهم ونفاهم، قال عن ابن سَحنون عنه: إن تواتر شهادة المحارب باسمه فأتى من يشهد أن هذا فلان، وقالوا: لم نشهد قطعه على الناس، وقد استفاض عندنا قطعه وما شهر به من القتل، وأخذ الأموال؛ قتل بهذه الشهادة، وهذا أكثر من شاهدين على العيان أن رأيت ويوطأ أيحتاج لمن شهد أنه عاينه ليقطع ويقتل.

قلتُ: وتقدم مثله في المشهود بالعدالة باسمه، وشهد عند من يجهل عينه أن الشهادة على عينه توجب قبول قوله.

اللخمي: إذا حبس الإمام المحاربين بشهادة واحد، وشهد عليهم قوم غير عدول، ولم يأت غيرهم، ومنهم من اشتهر اسمه بالفساد، ولا يعرف إلا بعينه إذا رآه من كان رآه عرفه، فليخرجه ويوقفه ويشهره حيث يعلم أن الغرباء ينظرون إليه والمسافرين إذا

بلغ من شهرة المحارب تواتره باسمه مما لا يكاد يخفى، مثل أبي الوليد وسليمان، فأتى من يشهد أن هذا أبو الوليد وسليمان، وقالوا: لم نشهد قطعه للطريق؛ قتله الإمام بهذه الشهادة.

وقال محمد: إن استفاض ذلك من الذكر فيهم وكثرته؛ أدبهم السلطان وحبسهم.

[باب الشرب الموجب للحد]

الشرب الموجب الحد: شرب مسلم مكلف ما يسكر كثيره مختارًا لا لضرورة ولا عذر[1]، فلا حد على مكره ولا ذي غصة، وإن حرمت ولا غالط، روى النسائي بسنده

---

(1) قال الرَّصاع: قول الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: شرب مسلم.

(إن قلت): كيف صح جعل الشرب جنسًا، مع أن المحدود الشرب، ففي ذلك دور، فلو قال لفظًا غيره لكان أولى.

(قلت): لعله رأى أن الشرب المطلق معلوم، وإنما المحدود الشرب المقيد، وهذا كثيرًا ما يقع له ولغيره، والله أعلم.

قوله: (مسلم) أخرج به الكافر؛ لأن شربه لا يوجب حدًا.

قوله: (مكلف) أخرج به الصبي والمجنون.

قوله: (ما يسكر كثيره) أشار إلى أن الذي أسكر كثيره؛ فقليله حرام، وإن شرب القليل منه حد له.

قوله: (مختارًا) أخرج به المكره.

قوله: (لا لضرورة) أخرج به صاحب الغصة، إذا لم يجد ماء، وإن كان ذلك حرامًا؛ لأن فيه ارتكاب أخف الضررين.

قوله: (ولا عذر) أخرج به الغالط.

(فإن قلت): والجاهل هل يعذر.

(قلت): قول مالك وأصحابه: لا عذر له بجهل، خلافًا لابن وَهْب.

(فإن قلت): من تأول في السكر أنه حلال؛ هلا يحد ويعذر، ويدخل تحت العذر.

(قلت): نقل ابن الموَّاز عن مالك وأصحابه: أنه لا عذر له، ومال الباجي إلى أنه؛ إذا كان من أجل الاجتهاد أنه يعذر، وقد نقل القرافي عن مالك الأقاويل المعلومة، ومال الشَّيخ هنا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى أن المجتهد والمقلد له معذور، على أن كل مجتهد مصيب، وعلى أن المصيب واحد؛ لأن شهرة الخلاف شبهة، ومسألة الغالط في الخمر ظن أنه لبن فشربه؛ لا حد عليه، وهو ظاهر أصله من غلط في

عن سعد عن النبي ﷺ قال: «**أنهاكم عن قليل ما أسكر كثيره**»[1]، ذكره الشَّيخ تقي الدين في إلمامه، وقال: وزاد ما أسكر كثيره؛ فقليله حرام، من حديث جماعة منهم جابر وعائشة، وأخرجها أبو داود، وفي الأول داود بن بكير بن أبي الفرات، وقال أبو حاتم: ليس بالمتين، وأخرج الثاني ابن حبان في صحيحه من حديث أبي عثمان، وزعم ابن القطان أنه لا يعرف حاله.

والمكره لا يحد؛ لوضوح الشبهة أو عدم تكليفه، وهو الأظهر لعدم اعتباره في الطلاق ونحوه، ولا المضطر للإساغة لوضوح الشبهة.

قال الشَّيخ: قال مالك في المختصر: لا يشرب المضطر الخمر.

الباجي في النوادر عن ابن حبيب: من غص بطعام، وخاف على نفسه أنه له أن يجوزه بالخمر، وقاله أبو الفرج، ولأَصْبَغ عن ابن القاسم: يشرب المضطر الدم ولا يشرب الخمر.

وسمع ابن القاسم: في كتاب الصلاة: من اضطر إلى شرب الخمر لا يشربها لا

أجنبية، والله سبحانه أعلم.

(فإن قلت): قال ابن الحاجب الموجب شرب المسلم المكلف ما يسكر جنسه اختيارًا من غير ضرورة ولا عذر، وهذا قريب مما ذكر الشَّيخ، وليس فيه اعتراض فلأي شيء عدل عنه.

(قلت): قول الشَّيخ شرب موافق له، ومسلم مخالف له لفظًا، وأخصر مكلف كذلك، وقوله: ما يسكر جنسه.

(فإن قلت): قول الشَّيخ: (كثيره) وهو أكثر من قول ابن الحاجب: (جنسه)، مع أنه يؤدي معناه؛ لأنه أخرج به الإسكار بالفعل، وإنه ليس بشرط، كما يقوله المخالف؛ بل ما أسكر جنسه هو الشرط.

(قلت): لم يظهر قوة العدول إلا أنه أتى بها يناسب الحديث في قوله ﷺ: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» وهذا كثيرًا ما يقصده:.

وقوله: (مختارًا) مثل قوله: (اختيارًا) في الأحرف.

قوله: (لا لضرورة) هذا أخصر من لفظ ابن الحاجب، ولا عذر مثله، والله سبحانه الموفق.

(1) أخرجه النسائي: 8/301 في الأشربة، باب تحريم كل شراب أسكر كثيره.

تزيده إلا شرًّا.

ابن رُشْد: تعليله بهذا يدل على أنه لو كان له في شربها منفعة جاز له شربها، واستدل محمد بن عبد الحَكم في كتاب المولدات على أن هذا مذهب مالك بهذا التعليل، واحتج بأن من غص بلقمة فخشي الموت، ولم يجد ما يستسيغها به إلا بالخمر؛ أن ذلك جائز له، وظاهر قول أَصْبَغ: أن ذلك لا يجوز له.

وسمع أشهب في كتاب الجامع التداوي في القرحة بالبول، أخف من التداوي فيها بالخمر.

ابن رُشْد: لما جاء في الخمر أنها رجس من عمل الشيطان، ولم يأت في البول إلا أنه نجس، وتقدم الخلاف في ذلك في كتاب الطهارة، وفي زاهي ابن شعبان: لا يتعالج بالمسكر وإن غسل بالماء، ولا يداوى به دبر الدواب، وأما الدواء الذي فيه الخمر، فقال ابن العربي: تردد فيه علماؤنا، والصحيح أنه لا يجوز لقوله ﷺ: «**إنها ليست بدواء ولكنها داء**»[1].

وللشيخ في ترجمة صفة ضرب الحدود: قال محمد: ومن شربه ممن لا يعلم تحريمه، كالأعمى الذي دخل الإسلام ولا يعرف؛ فلا عذر لأحد بهذا في سقوط الحد، وكذا من تأول في المسكر من غير العنب؛ أنه حلال، وهذا قول مالك وأصحابه، إلا ابن وَهْب، أخبرني أبو زيد عنه: أنه إن كان مثل البدوي لم يقرأ الكتاب ولا يعلمه، فشربه وهو يجهل ذلك؛ فلا يحد ويعذر، وفعله عمر.

قال مالك: قد ظهر الإسلام وفشا، فلا يعذر جاهل في شيء من الحدود.

قال محمد: يعني ابن وَهْب في النوبية التي أعتقها حاطب، وقد تقدم هذا في الزنا.

الباجي: من تأول في المسكر من غير الخمر أنه حلال؛ حد ولم يعذر، رواه محمد

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (1984) في الأشربة، باب تحريم التداوي بالخمر، وأبو داود: رقم (3873) في الطب، باب في الأدوية المكروهة، والترمذي: رقم (2047) في الطب، باب ما جاء في كراهية التداوي بالمسكر.

عن مالك وأصحابه، ولعل هذا فيمن ليس من أهل الاجتهاد، وأما من كان من أهل الاجتهاد والعلم فالصواب عدم حده إلا أن يسكر منه، وقد جالس مالك سفيان الثوري، وغيره من الأئمة ممن كان يبيح شرب النبيذ؛ فما أقام على أحد منهم حدًّا، ولا دعا إليه مع تظاهرهم بشربه ومناظرتهم فيه.

وقد قال مالك: ما ورد علينا مشرقي مثل سفيان الثوري أما إنه آخر ما فارقني على أن لا يشرب النبيذ، وهذا يقتضي أنه لم يفارقه قبل ذلك عليه.

قلتُ: ومقلد مبيحه مثله، واختاره اللخمي في غير موضع، وهو الجار على أن كل مجتهد مصيب، وعلى أن المصيب واحد؛ لأن شهرة الخلاف شبهة، وقد أسقط مالك الحد عمن خللت له أمة، وحكاه عياض في الإكمال عن بعض المتأخرين، وتقدم أن مالكًا يحده، ويقبل شهادته، وتعقبه بعضهم بأنه متناف وأجيب بمنعه؛ لأن موجب الحد الشرب، وقد وجد والقدوم على مباح عند فاعله لا يوجب فسقه وسقوط حد من شرب مسكرًا غلطًا واضح، كقولها مع غيرها: في وطء أجنبية كذلك.

وفي كافي أبي عمر: من ظن النبيذ حلاوة ولم يشعر بسكره فسكر منه؛ فلا حد عليه إن كان مأمونًا لا يتهم، ومثله من شرب مباحًا ظانًّا أنه خمر؛ لا يحد وتسقط عدالته، قاله عز الدين ابن عبد السلام.

[باب فيما يثبت به الحد في الشرب]

ويثبت بالبينة والإقرار كسائر الحقوق ورجوع المقر تقدم في الزنا والسرقة(1).

الشَّيخ: عن الواضحة: اعترف أبو محجن الثقفي في شعره بشرب الخمر فأراد عمر جلده فقال: صدق الله وكذبت، قال الله تعالى في الشعراء: ﴿وَأَنَّهُمْ يَقُولُونَ مَا لَا يَفْعَلُونَ﴾ [الشعراء: 226] فلم يحده، وعزله عن العمل.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (بالبينة) أما البينة على الشرب فهي عاملة، وأما على الرائحة ففيها خلاف، والصحيح العمل بها، ومن قال: إن مالكًا انفرد بها؛ فليس بصحيح.

[باب صفة الشاهد بالرائحة]

وبثبوت رائحته[1]، أبو عمر: الحد بالرائحة، قول عمر وعثمان وابن مسعود، وهو قول مالك، وجمهور أهل الحجاز.

وذكر ابن قتيبة في كتاب الأشربة، وطائفة من أصحاب أبي حنيفة: أن مالكًا انفرد بالحد بالرائحة، وأنه ليس له في ذلك سلف، وهذا جهل أو تجاهل ومكابرة.

قال ابن القُصَّار: صفة الشاهدين بالرائحة أن يكونا ممن خبرا شربها، إما في حال كفرهما أو شرباها في إسلامهما، وحدا ثم تابا حتى يكونا ممن يعرف الخمر بريحهاز

قال الباجي: هذا معدوم.

وقيل: ولو لم تثبت إلا بشهادة من هذا صفته لبطلت الشهادة بها في الأغلب، وقد يكون ممن لم يشربها قط يعرف رائحتها بأن يخبر عنها المرة بعد المرة حتى يعرفها.

قلتُ: في ثبوت العلم بالرائحة بالخبر بعد والحق إدراكها لمن لم يكن قط شربها برؤيته من شربها، ومن يسرقها من مكان إلى مكان وبرؤيته إياها مراقة على من اطلع عليه بها، وإدراك هذا عادة ضروري.

الباجي: وعدد من يشهد به إن كان الحاكم أمر بالاستنكاه، فقال ابن حبيب عن أَصْبَغ: يستحب أن يأمر شاهدين، فإن لم يكن إلا واحد وجب الحد، وإن لم يأمرهم الإمام لم يجز أقل من اثنين.

وروى ابن وَهْب: إن لم يكن مع الحكم إلا واحد رفعه إلى من هو فوقه، وقول أَصْبَغ عندي بناء على أن الحاكم يحكم بعلمه، فإذا أمر فكأنه مستنابه، وإن اختلف فيه الشهود فقال بعضهم: هي رائحة مسكر، وقال بعضهم هي رائحة غير مسكر، فقال ابن حبيب: إن اجتمع منهم اثنان على أنها رائحة مسكر حد، وإن شك الشهود في الرائحة، فإن كان من أهل السفه نكل، وإن كان من أهل العدل خلي سبيله، سمع ابن

---

(1) قال الرَّصاع: يؤخذ منه:؛ أن يكون شربها، ثم حد وتاب، أو من لم يشربها برؤية من شربها ومن يسوقها من مكان إلى مكان، ورؤيته إياها مراقة على من اطلع عليه بها، والله أعلم.

القاسم في العتبيَّة والموازيَّة.

قلتُ: وللشيخ عن عبد الحق: ويختبر بقراءة السور التي لا شك في معرفته بها من السور القصار، فذلك مستحسن عند الإشكال، وإن لم يقرأ واختلط فقد شرب مسكرا ويحد.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: إن شهد أحدهما أنه شرب خمرًا، وآخر أنه شرب مسكرًا حد، ولو شهد أنه قاء خمرًا حد، وقاله عمر، والحد متعلق بما يقع به الفطر من جواز الشراب الفم إلى الحلق.

وقدر حده ثمانون: في الموطأ استشار عمر بن الخطاب في الخمر يشربها الرجل فقال علي: نرى أن نجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى.

وفي كتاب السرقة منها: ولا يحد السكران حتى يصحو، زاد في سماع أبي زيد ابن القاسم: ولو خاف أن يأتيه شفاعة تبطل حده.

اللخمي: وكذا في الزنا والفرية، فإن أخطأ الإمام فحده في حال سكره، وهو طافح لم يجزه، وإن كان سكرًا خفيفًا أجزأه، وإن كان طافحًا فأذهب ذلك عنه بعض الضرب حسب ما ضرب من وقت ذهب عنه، إلا أن يكون ضربه في الفرية برضى المفترى عليه فيجزئه.

قلتُ: وقال عبد الحق عن بعض شُيُوخ القرويين: إن جهل الإمام وأقام الحد على السكران قبل صحوه مضى ذلك ولا يعاد؛ يريد: لأنه يجد ألم ذلك بعد صحوه.

وفيها: مع غيرها: ويتشطر بالرق مطلقًا ولو في بعضه.

وفي الرجم منها: وصفة الضرب في الزنا والشرب والفرية والتعزير ضرب واحد ضرب بين ضربين ليس بالمبرح ولا بالخفيف، ولم يحد مالك ضم الضارب يده إلى جنبه، ولا يجزئ الضرب في الحدود بقضيب، ولا شراك ولا درة ولكن السوط؛ وإنما كانت درة عمر للأدب، فإذا وقعت الحدود قرب السوط.

الباجي عن محمد: لا يتولى ضرب الحد قوي ولا ضعيف، ولكن وسط من

الرجال.

قال مالك: وكنت أسمع أنه يختار له العدل ويضرب على الظهر والكتفين دون سائر الأعضاء، والمحدود قاعد لا يربط ولا يمد، وتخلى له يداه، ولأبي زيد عن ابن القاسم: إن ضرب على ظهره بالدرة أجزأه وما هو بالبين، قال في العتبيَّة: ويجرد الرجل للضرب ويترك للمرأة مايستر جسدها ولا يقيها الضرب.

قلتُ: زاد في المدَوَّنة: وبلغ مالكًا أن بعض الأئمة أقعد امرأة في قفة، فأعجبه ذلك.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: في المرأة يكون عليها ثوبان في الحد قال: لا بأس بهما وتنزع ما سوى ذلك.

الشَّيخ عن ابن عبد الحكم: أحب إليَّ أن يكون ضرب الحدود بين يدي القاضي لئلا يتعدى فيها، وتقدم تأخير الحد حيث يخاف على المحدود.

الشَّيخ عن ابن حبيب: ليس عليه مع الضرب سواه من خلاف ولا طواف إلا المدمن المعتاد المشهور بالفسق، فلا بأس أن يطاف به ويشهر، واستحب مالك أن يلزم السجن.

وفيها: وعصير العنب، ونقيع الزبيب، وجميع الأنبذة حلال ما لم يسكر، ولا أحد في قيام الأنبذة قدرًا من توقيت وقت أو غليان، وكنت أسمع أن المطبوخ إذا ذهب ثلثاه لم يكره، ولا أرى ذلك ولكن إن طبخ حتى لا يسكر كثيره حل.

الباجي عن ابن حبيب: أنهى عن شرب العصير الذي عصر في المعاصر التي تردد العصير فيها، وإن كان ساعة عصر لما يبقى في أسفلها وخوف أن يكون بقايا تفلها اختمر فيفسد العصير والخل؛ لأن قليل الخمر يخالط كثير العصير أو الخل، فيحرم كله.

قال الباجي: هذا في العصير؛ لأن الخمر لا يعود عصيرًا فتنجسه الخمر، ولو خالط يسير الخمر الخل لم ينجسه؛ لأنه يستحيل خلًا طاهرًا.

وقد قال: لا يستعمل ذلك الخل حتى يمضي مدة يقدر فيها أن أجزاء تلك الخمر تخللت.

أبو عمر: لا أعلم خلافًا بين الفقهاء في جواز شرب العصير إذا طبخ وذهب ثلثاه وهو قول عمر في ا الموطأ.

الباجي عن محمد: ليس ذهاب الثلثين من كل بلد ولا في كل عصير، فأما الموضع المعروف فلا بأس به، ولا أحد في طبخه ثلثين؛ وإنما أنظر إلى السكر.

قال أشهب: ولو نقص تسعة أعشاره.

وفيها: لا يجوز أن ينبذ تمر مع زبيب ولا بسر، أو زهو مع رطب، ولا حنطة مع شعير، أو شيء من ذلك مع تين أو عسل؛ لأن النبي ﷺ: «**نهى أن ينبذ البسر والتمر جميعًا أو الزهو والتمر جميعًا**»[1].

الباجي: ظاهر النهي التحريم عبد الوهاب إذا لم يسكر، اختلف أصحابنا في تأويل منع مالك منه، فقال: قوم هو على التحريم، وقال: قوم على الكراهة.

اللخمي: اختلف في ترك الجمع في الانتباذ فيما نهي عنه، هل هو واجب يعاقب فاعله، وهو قول محمد: إن تعمد ذلك أدب أدبًا موجعًا.

وقال عبد الوهاب وغيره: من فعله أساء، فإن لم يسكر جاز شربه، ولابن رُشْد في سماع الحدود من سماع أشهب.

وقيل: النهي في ذلك للتعبد لا لعلة، وهو ظاهر قول مالك في الموطأ.

وفيها: لا يعجبني أن ينبذ البسر المذنب الذي قد أرطب بعضه.

الباجي: المذنب كالبسر مع التمر.

قلتُ: فظاهره التحريم لا الكراهة.

وفي جواز خلط الزبيب والتمر للخل وكراهته: سماع أشهب، ونقل ابن رُشْد رواية ابن عبد الحكم، وفي كراهة النضوح من الخليطين لرأس المرأة روايتا ابن عبد الحكم.

---

(1) أخرجه البخاري: 60/10 في الأشربة، باب من رأى أن لا يخلط البسر والتمر إذا كان مسكرًا، ومسلم: رقم (1988) في الأشربة، باب كراهية انتباذ التمر والزبيب.

قال ابن رُشْد: في سماع أشهب وهما قائمان من هذا السماع لمن تأمله، ولا خلاف في كراهته من حيث كونه طعامًا إن نبذ كل واحد مما ذكرنا على حدة لم ينبغ أن يخلطا عند الشرب لما ورد من النهي عن ذلك.

الباجي: قال ابن حبيب: لا يجوز شرب الخليطين ينبذان ويخلطان عند الشرب كانا من جنس واحد مثل عنب وزبيب، أو من جنسين، نهى عنه مالك إلا الفقاع.

لابن حبيب عن أَصْبَغ: أنه استخف تحليته بالعسل، وشربه باللبن، وهذا يجب منعه؛ لأن كل واحد منهما مما ينبذ منفردًا؛ لأن الفقاع من القمح أو الشعير وكلاهما ينبذ منفردًا، والعسل ينبذ منفردًا، واختلف قول مالك في العسل يطرح فيه عجين أو جذبذة، فروى ابن القاسم كراهته وقال: وقد قال: لا بأس به وهو أحب إليَّ.

وفيها: جواز خلط النبيذ بالماء؛ لأنه لا ينبذ.

الباجي: ولابن القاسم في العتبيَّة: لا بأس بخلط اللبن بالعسل فلم يره انتباذًا؛ بل خلط مشروبين كشراب الورد والنيلوفر.

ابن زرقون: حكى اللخمي عن بعض الشُيُوخ: منع خلط الشرابين للمريض، وحكى ابن يونس عن بعضهم إجازته، ومنع مالك في المبسوط من شراب الفقاع، وأجازه ابن وَهْب وأشهب وسَحنون.

وفيها: إن خلط العسل بالنبيذ لم يصلح.

الصقلي: يريد نبيذ غير العسل.

وحمله اللخمي على نبيذ العسل قال: وعليه لا يلقى التمر في نبيذه، ولابن رُشْد في رسم الحدود من سماع أشهب: دردي النبيذ الذي لا يسكر جائز جعله في نبيذ غيره ليشتد به إذا كان أصلهما واحدًا، وإذا كان النبيذ من تمر لم يجز أن يجعل فيه دردي نبيذ زبيب.

وفيها: لا ينتبذ في الدباء والمزفت، وفي ولا يكره غير ذلك من الفخار وغيره من الظروف، وأكره كل ظرف مزفت كان فخارًا أو زقًّا أو غيره.

الباجي عن ابن حبيب: كره مالك الانتباذ في الدباء والمزفت، والتحليل أحب إلي

وبه أقول وعلى المنع، فمن فعله جاز شرب نبيذه ما لم يسكر، وهذا في المزفت غير الزقاق وأما الزقاق فروى أشهب إباحته فيها.

الباجي: الأظهر المنع في المزفت كله للنهي عنه، وروى أشهب إجازة نبيذ الجر ويحتمل أن يريد به العاري من الزفت والحنتم، روى ابن حبيب أنه رخص فيه، وروى عبد الوهاب تحريمه.

ابن حبيب: الحنتم الجر؛ وهو كل ما كان من فخار أبيض أو أخضر.

الباجي: إنما الحنتم ما طلي من الفخار المطلي بالزجاج؛ وهو يعجل الشدة، وأما الفخار الذي لم يطل فلا حكمه حكم الجر والنقير، روى ابن حبيب أنه أرخص فيه وروى غيره أنه كرهه.

الصقلي عن ابن حبيب: والنقير ما كان من عود.

ابن زرقون: في تخليل الخمر أربعة أقوال: روى ابن القاسم وابن وَهْب تحريمه جملة، وروى أشهب إباحته جملة، وكرهه ابن القاسم.

وقال سَحنون: إن كانت صنعت خمرًا لم يجز، وإن تخمرت من غير قصد جاز تخليلها.

فعلى الأول في أكلها إن خللت ثلاثة أقوال لمالك؛ منها قولان مبنيان على القول في فساد المنهي عنه، وفرق سَحنون على أصله.

وموجب المعصية غير الموجبة حدا عقوبة فاعلها إن رفع للإمام في قذفها، وأما النكال والتعزير فيجوز فيه العفو والشفاعة، وإن بلغ الإمام.

وقد قال مالك: فيمن يجب عليه التعزير والنكال، وانتهى إلى الإمام إن كان من أهل العفاف والمروءة؛ وإنما هي طامرة منه تجافى عنه السلطان، وإن عرف بالأذى ضرب النكال.

الشَّيخ عن محمد: إنما ينبغي أن يشفع ويستر من تكون منه الزلة، وأما المعلن فأهل لأن يرفع ويزجر.

قيل لمالك: من له جار سوء يظهر ما لا ينبغي في الإسلام هل أدل عليه، قال: قدم

إليه وانهه، فإن لم ينته فدل عليه، وله عن ابن حبيب: مشى عمر ﷺ بالليل فرأى نارًا في بيت فأتى إليها، فإذا بقوم يشربون وشيخ، فاقتحم عليهم، وقال: يا أعداء الله أمكن الله منكم، فقال الشَّيخ: ما نحن بأعظم منك ذنبًا، تعديت ودخلت بغير إذن، والله يقول: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ﴾ الآية [النور: 27]، فاحتشم عمر وقال: ذروا هذه بهذه.

وسمع أشهب: من قال لرجل: يا كلب، فذلك يختلف أن يقال لذي الفضل والهيئة والشرف في الإسلام أو قاله لدنيء.

ابن رُشْد: إن كانا معًا من ذوي الهيئة، عوقب القائل عقوبة خفيفة يهان به ولا يبلغ به السجن، وإن كانا من غير ذوي الهيئة عوقب القائل أشد من عقوبة الأول يبلغ به فيها السجن، وإن كان القائل من ذوي الهيئة والمقول له من غير ذوي الهيئة، عوقب بالتوبيخ ولا يبلغ به الإهانة ولا السجن، وإن كان القائل من غير ذوي الهيئة والمقول له من ذوي الهيئة، عوقب بالضرب.

وسمع عيسى: من قال لرجل: يا سارق ضرب خمسة عشر سوطًا ونحوها.

ابن رُشْد: تحديده بهذا ليس له أصل من الكتاب والسنة؛ وإنما هو اجتهاد، ويختلف باختلاف حال المقول والقائل حسبما تقدم.

ابن شاس: قال الأستاذ أبو بكر في أخبار الخلفاء: أنهم كانوا يعاقبون الرجل على قدره وقدر جنايته، منهم من يضرب، ومنهم من يحبس، ومنهم من يقام واقفًا على قدميه في تلك المحافل، ومنهم من تنزع عمامته، ومنهم من يحل إزاره.

قُلتُ: ومما جرى به عمل القضاة من أنواع التعزير؛ ضرب القفا مجردًا عن ساتره بالأكف.

وفي صحة الزيادة على الحد باجتهاد الإمام لعظم جرم الجاني ومنعها قولان للمشهور، وغيره لنقل الشَّيخ في ترجمة ضرب الحدود، ورواية مُطَرِّف: من أخذ سكرانًا في الأسواق، وقد آذى الناس برمي أو سيف؛ أرى أن يزاد في عقوبته فيبلغ ضربه مع الحد نحو الخمسين والمائة والمائتين، ونقل غيره: لا يزاد على الحد، وروى

مسلم بسنده: لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله.

المازري: هذا خلاف مذهب مالك؛ لأنه يجيز في العقوبات فوق الحدود؛ لأن عمر ضرب من نقش على خاتمه مائة، وضرب صبيغًا أكثر من الحد، وتأول أصحابنا الحديث على قصره على زمنه ﷺ؛ لأنه كان يكفي الجاني منهم هذا القدر.

قال عياض: بظاهر هذا الحديث أخذ أشهب في بعض الروايات عنه، واختلف مذهب مالك وأصحابه في ذلك، فالمشهور عنه وعنهم ما تقدم، وعن مالك في التهمة والخمر والفاحشة خمسة وسبعون سوطًا لا يبلغ به الحد، ومال إليه أَصْبَغ، ونحوه لمحمد بن مسلمة، قال: لا يبلغ ضرب السلطان في الأدب في الحد أبدًا.

وقال أشهب: في مؤدب الصبيان لا يضرب أكثر من ثلاثة أسواط، فإن زاد اقتص منه.

وفي آخر سرقتها: من ادعى على رجل أنه سرقه، لم أحلفه له إلا أن يكون متهمًا يوصف بذلك، فإنه يحلف ويهدد ويسجن، وإلا لم يعرض له، فإن كان من أهل الفضل وممن لا يشار إليه بهذا؛ أدب الذي ادعى ذلك.

قلتُ: ظاهره أنه يؤدب مطلقًا، وإن لم يكن على وجه المشاتمة، وفي النوادر؛ إنما يؤدب المدعى عليه غير المتهم بالسرقة، إذا كان على وجه المشاتمة أما دعوى الظلامة فلا.

ابن شاس: والأب يؤدب ابنه الصغير دون الكبير ومعلمه بإذنه.

قُلتُ: لأن ترك تأديبه يكسبه فسادًا، وفي حجها ليس لأبي الصبي، أو من هو في حجره أن يحجه وينفق عليه من ماله إلا أن يخاف من ضيعته بعده، وللسيد تأديب رقيقه؛ لأنه صلاح له.

في عتقها الأول قال مالك: ومن حلف بحرية أمة ليضربنها ضربًا، يجوز له منع من البيع والوطء حتى يفعل، وللحالف بالعتق ليضربن عبده أن يضربه إلا ضربًا لا يباح مثله، وللزوج تأديب زوجته في منعها حقه، ولذا قيل: تدميتها عليه لغو.

ابن شاس: لو كانت المرأة لا تترك النشوز إلا بضرب مخوف؛ لم يجز تعزيرها.

الشَّيخ في المجموعة: قال مالك: ومعلم الكتاب أوالصنعة إن ضرب صبيًّا ما يعلم أنه من الأدب فمات؛ فلا يضمن وإن جاوز به الأدب ضمن ما أصابه.

قلتُ: في السرقة منها: وما بلغ من خطأ الإمام ثلث الدية، فعلى عاقلته مثل خطأ الطبيب والمعلم والخاتن، وأبى مالك أن يجيبنا في خطأ الإمام بشيء.

ولابن رُشْد في رسم المجالس من سماع أَصْبَغ في كتاب الديات: دية من هلك عن فعل الطبيب خطأ على عاقلته اتفاقًا، وإن غر من نفسه، فقيل: في ماله، وهو ظاهر قول مالك في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان، وقيل: على العاقلة، وهو قول عيسى بن دينار هناك، وظاهر قول أَصْبَغ هنا.

وفي آخر سماع سَحنون من الجنايات، وكتب لسَحنون: فيمن فقأ عين عبده أو عين امرأته فيقولان: فعل ذلك بنا عمدًا، وقال السيد والزوج: بل أدبتهما فأخطأت، قال: القول قول العبد والمرأة؛ لأن العداء قد ظهر.

قلتُ: ولم وقد أذن له في الأدب لعبده وامرأته، أرأيت الطبيب إذا قطع فجاوز وادعى عليه العمد، والطبيب قد ظهر فعله أنه ابتدأه بما يجوز له، والزوج والسيد لم يظهر لنا منهما غير العداء.

ثم قال: اكتب إليه أنه لا شيء على السيد، ولا على الزوج حتى يظهر العداء، والقول قولهما.

ابن رُشْد: ما تجاوز فيه الطبيب محمول على الخطأ حتى يعلم خلاف ذلك اتفاقًا، والأظهر في السيد حمل أمره في عبده على الخطأ، فلا يعتق عليه بذلك إلا أن يعلم أنه قصد التمثيل، ويباع عليه إن دعا إلى ذلك العبد، وأرى في الزوج أن لا يحمل أمره على الخطأ، فيلزم ذلك العاقلة، ولا على العمد فيقتص منه لها، ويجعل في ذلك كشبه العمد الذي يسقط فيه القصاص، وتكون فيه الدية على الجاني في ماله، وإن طلبت المرأة أن يفرق بينه وبينها وزعمت أنها تخافه على نفسها؛ طلقت عليه طلقة بائنة، ومضى هذا في رسم يشتري الدور من سماع يحيى من كتاب العتق.

قلتُ: وقال عياض في أول كتاب الجراحات: واختلف متأخرو شُيُوخنا

الأندلسيين فيما كان على وجه الأدب أو فعل ما يباح له ممن يجوز له ذلك على الوجه الذي أبيح، وحيث أبيح كالحاكم، وضارب الحد، والمؤدب، والأب، والزوج، والخاتن، والطبيب هل يدخلها الاختلاف؟ هل هو على حكم الخطأ؟ أو على شبه العمد؟ وإلى هذا التخريج ذهب الباجي.

وقيل: إن كان إنما فعل من ذلك ما يجوز له، ولم يتعمد غلطًا، فهي كمسألة اللعب يدخلها ما فيها من الخلاف، وإليه ذهب شيخنا القاضي أبو الوليد.

الشَّيخ: قال مالك في المجموعة: وإن أمره عبد أن يختنه، أو يحجمه، أو يقطع عرقه ففعل؛ فهو ضامن ما أصاب العبد في ذلك إن فعله بغير إذن سيده، علم أنه عبد أو لم يعلم.

وفي حريم البئر منها: ومن أرسل في أرضه نارًا أو ماء، فوصل إلى أرض جاره فأفسد زرعه، فإن كانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يصل ذلك إليها، فتحاملت النار بريح أو غيره فأحرقت؛ فلا شيء عليه، وإن لم يؤمن وصول ذلك لقربها؛ فهو ضامن وكذا الماء، وما قتلت النار من نفس فعلى عاقلة مرسلها.

وشبه بها ابن رُشْد سماع محمد بن خالد ابن القاسم: في رجل طبخ سكرًا في قدر سترها عن الناس بقصب، وكان صبي خلف القصب نائمًا لا علم للطابخ به ففارت القدر بما فيها، فأصاب الصبي ما خرج منها؛ لا شيء عليه.

الصقلي عن سَحنون: وما قتلت النار ينظر فيه على من يجوز له، ومن لا يجوز له.

قلتُ: يريد سقوط الدية عن العاقلة الأول، وثبوتها على عاقلة الثاني.

قال: وقال أشهب: ولو كانوا لما خافوا على زروعهم قاموا لردها، فأحرقتهم فديتهم هدر لا على عاقلة، ولا على غيرها.

قال ابن عبد السلام: سئل ابن كنانة عمن أشعل نارًا في حائط رجل، فتعدوا النار غير ذلك الحائط فتحرقه من زرع أو حائط أو مسكن أوغيره، فقال: عليه غرم ما أشعل فيه من ذلك، فأما ما عدت النار فيه فأحرقته؛ فلا غرم عليه فيه.

قال: فقد يؤخذ من هذا الجواب خلاف في هذا الأصل، ويرد بأن عدم ضمانه في

مسألة ابن كنانة؛ إنما هو فيما لم يقصده المتعدي بالعداء، والضمان في مسألة الكتاب؛ إنما هو فيمن قصده بالتعدي حيث أوقد النار حين هبت الريح، ولا يلزم من عدم ضمان المتعدي فيما لم يقصده بالتعدي عدم ضمانه فيما قصد به، وجواب ابن كنانة هو مقتضى نقل اللخمي عن المذهب، خلاف مقتضى نقل أبي حفص عن المذهب.

وذلك أن في كتاب الدور من المدَوَّنة: وإن اشترط رب الدار على مكتريها أن لا يوقد فيها نارًا، فأوقد المكتري فيها نارًا لخبزه فاحترقت الدار؛ ضمن.

قال اللخمي: إن احترقت هي وغيرها، ضمن الدار المكتراة فقط، إذا كان الوقيد على صفة، لو أذن رب الدار فيه لم يكن لمن يليه في ذلك مقال؛ لأن المتعدى عليه هو من حقه، وإن كان على صفة يكون لجاره منعه ضمن جميع ما أحرق.

وقال عبد الحق: قال بعض شُيُوخنا القرويين: إن احترقت دور جيرانه فهو ضامن؛ لأن سبب هذا فعل لا يجوز له، وإن كان مما يجوز له لولا الشرط الذي شرط عليه، كقوله: فيمن يحفر بئرًا في داره للسارق أنه يضمن ما سقط فيها من سارق وغيره؛ لأن فعله مما لا يجوز له.

ومثله نقل أبو حفص العطار، وهذا الأصل مباين لأصل مسألة حريم البئر فتأمله.

ابن شاس: ومن سقط ميزابه على رأس إنسان لم يضمنه، وكذا الظلة والعسكر.

قلتُ: هو قولها مع غيرها، وما أشرع الرجل في طريق المسلمين من ميزاب أو ظلة أو حفر بئر أو سربًا للماء أو للريح في داره أو أرضه، أو حفر شيئًا مما يجوز له في داره أو في طريق المسلمين بئرًا للمطر، أو مرحاضًا يحفره إلى جانب حائطه؛ فلا غرم عليه ما عطب في ذلك كله.

وفيها: والحائط المخوف إذا شهد على ربه، ثم عطب به أحد فربه ضامن.

وفيها: وإن لم يشهدوا عليه لم يضمن.

قلتُ: فإذا لم يضمن في المائل لعدم الإشهاد، فأحرى في غير المائل.

الصقلي لمحمد عن أشهب: إن بلغ ما لا يجوز لربه تركه لشدة ميله والتغرير به،

فهو متعد ضامن لما أصيب به، وإن لم يشهد عليه، وكذا لو تقدم إليه السلطان في هدم حائط على حسن النظر للرعية، فهو ضامن، وأما نهي الناس وإشهادهم، فليس بلازم له، وحكي عن بعض فقهائنا القرويين: أنه ينظر إلى رب الحائط، فإن أنكر ما قيل من غرر الحائط فههنا يحتاج إلى التقدم إليه، وإن أقر بأن حائطه مخيف فههنا ينفع الإشهاد عليه دون الحكم.

ابن شاس: وأما إن مال فإن لم يتداركه مع الإمكان والإنذار والإشهاد، وجب الضمان فجعل الإمكان شرطًا، وهو صواب جار على القواعد، وقوله: وإن بناه مائلًا ضمن مطلقًا وواضح لقولها، وما صنعه في طريق المسلمين مما لا يجوز له من حفر بئر أو رباط دابة ونحوه؛ ضمن ما أصيب.

وسمع عيسى ابن القاسم: في الثور العقور، والجمل الصؤول، والكلب العقور، أو شيء من العجماء إذا عرف بالعداء على الناس أمر ربه بذبحه، وتقدم إليه، وما عقر بعد التقدم إليه ضمنه في ماله، ولو بلغ الدية، ولو قتل رجلًا بعد التقدم إليه، ولم يشهد على قتله إلا شاهد واحد؛ حلف ورثة الميت مع شاهدهم واستحقوا الدية.

ابن رُشْد: قوله: إن عدا بعد التقدم إليه ضمن؛ يريد: ولو كان التقدم إليه بالجيران دون السلطان، وهو مثل ما في المدَوَّنة خلاف سماع عبد الملك في كتاب السلطان: أنه لا يضمن إلا أن يتقدم إليه بالسلطان، وقيل يضمن وإن لم يتقدم إليه، ولم يشهد عليه.

قاله أشهب وسَحنون: في الحائط إذا بلغ مبلغًا يجب عليه هدمه فتركه، وهذا الاختلاف؛ إنما هو إذا اتخذه في موضع يجوز له اتخاذه فيه، وإن اتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه؛ فلا اختلاف في ضمانه لما أصاب، وإن لم يتقدم إليه.

ومذهب أشهب في الكلب العقور، والجمل الصؤول؛ أنه لا ضمان على ربها بحال، وإن تقدم إليه، فهو قول رابع.

وقوله: لا يكون على العاقلة من ذلك شيء، خلاف سماع زونان: أن ذلك على العاقلة إن بلغ الثلث.

وقوله: يستحق ذلك باليمين مع الشاهد صحيح، على أنه لا يكون على العاقلة من

ذلك شيء، ولا يحلف على قياس قوله مع قول المعقور.

قلتُ: كذا وجدته في نسختين من البيان، وفي فهمه نظر.

قال: وحكى ابن مزين عن أَصْبَغ: لا يثبت إلا بشاهدين، وأنكر رواية عيسى هذه، وعلى قياس قول ابن وَهْب: يستحق ذلك بما يستحق به دم الخطأ من القسامة وغير ذلك.

ولعيسى عن ابن القاسم: أنه إن قتل رجل الجمل الصؤول بعد التقدم إلى ربه وذكر أنه أراده وصال عليه؛ فلا غرم عليه، ويقبل قوله في ذلك؛ يريد: مع يمينه بغير بينة إذا كان بموضع ليس يحضره الناس.

الصقلي في كتاب محمد وغيره: في الجمل إذا صال على الرجل فخافه على نفسه فقتله؛ فلا شيء عليه إن قامت له بينة أنه صال عليه، وإن لم تقم له بينة ضمن.

قلتُ: مسألة عيسى بعد التقدم، وظاهر هذه أنه دون تقدم، قال ابن العربي: لا يقصد المصول عليه القتل؛ وإنما ينبغي أن يقصد الدفع، فإن أدى إلى القتل فذلك إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل؛ فجائز قصد قتله ابتداء، ولو قدر المصول عليه على الهروب من غير ضرر يلحقه؛ لم يجز له الدفع بالجراح، فإن لم يقدر فله دفعه بما يقدر.

قلت كقول ابن رُشْد وغيره: إذا تعارض ضرران ارتكب أخفهما.

قال ابن الحاجب: ولو عض يده فسل يده ضمن أسنانه على الأصح.

قلتُ: عبر غير واحد على الضمان أنه المشهور.

وقال ابن بشير: في ضمانه قولان، وهذا أصل مختلف فيه في المذهب، وهو كل من أذن له إذن خاص في فعل ففعله فأدى إلى إتلاف، ففي رفع الإذن الضمان قولان، وفي صحيح مسلم أن يعلى بن منية قاتل رجلًا، فعض أحدهما صاحبه فانتزع يده من فيه فنزع ثنيته، فاختصما إلى النبي ﷺ فقال: أيعض أحدكم كما يعض الفحل، لا دية له[1].

قال المازري: اختلف في المعضوض، إذا جبذ يده فسقطت أسنان العاض،

(1) سبق تخريجه.

فالمشهور عندنا أنه ضامن.

وقال بعض أصحابنا: لا ضمان عليه.

قال بعض المحققين من شُيُوخنا: إنما ضمنه من ضمنه من أصحابنا؛ لأنه يمكن النزع بالرفق حتى لا تنقلع أسنان العاض، وحملوا الحديث على ذلك.

قلتُ: وذكر ابن بشير قولين لا بقيد المشهور، قال: ومن هذا المعنى لو رمى إنسان من ينظر إليه في بيته فأصاب عينه، فاختلف فيه أصحابنا فأكثرهم على إثبات الضمان وأقلهم على نفيه لقوله ﷺ: «**لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن، فحذفته بحصاة ففقأت عينه؛ لم يكن عليك جناح**»[1].

في الموطأ: دخلت ناقة للبراء بن عازب حائط رجل، فأفسدت فيه؛ فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضمانه على أهلها[2].

أبو عمر: هو من مراسيل الثقات، وتلقاه أهل الحجاز وطائفة من أهل ا العراق بالقبول.

الباجي: قال مالك والشافعي: ما أصابت الماشية بالنهار، فلا ضمان على أربابها، وما أصابته بالليل ضمنوه.

أبو عمر: وقال يحيى بن يحيى: من أصحابنا بقول الليث وعطاء يضمنون ما أفسدت بالليل والنهار.

الباجي: وسمع أشهب سواء كان محظرًا عليه أو غير محظر.

قال عيسى عن ابن القاسم في المدنيَّة: وجميع الأشياء في ذلك سواء.

---

(1) أخرجه البخاري: 216/12 في الديات، باب من اطلع في بيت قوم ففقؤوا عينه فلا دية له، ومسلم: رقم (2158) في الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره.

(2) أخرجه مالك: 747/2 و748 في الأقضية، باب القضاء في الضواري والحريسة مرسلًا، وأبو داود موصولًا: رقم (3569) و(3570) في الأقضية، باب المواشي تفسد زرع قوم.

أبو عمر: إنما يسقط الضمان نهارًا عن أرباب الماشية إذا أطلقت دون راع، وإن كان معها راع فلم يمنعها ويقدر على دفعها؛ فهو كالقائد والراكب.

الباجي: المواضع عندي على ثلاثة أضرب:

ضرب: تتداخل فيه المزارع والمراعي، فهو الذي تقدم ذكره.

وضرب: تنفرد المزارع والحوائط ليس بمكان مسرح، هذا لا يجوز إرسال المواشي فيه وما أفسدت فيه ليلًا أو نهارًا، فعلى أربابها.

وقد قال أَصْبَغ في المدنيَّة: ليس لأهل المواشي أن يخرجوها إلى قرى الزرع بغير ذائد، وعليهم أن يذودوها عن الزرع، فإذا بلغوا المراعي سرحوها، فما ند منها إلى الزرع والجنات، فعلى أصحاب الزرع والجنات دفعه.

وضرب: جرت عادة الناس بإرسال مواشيهم فيه ليلًا ونهارًا، فأحدث فيه رجل زرعًا من غير إذن الإمام في الإحياء؛ فلا ضمان على أهل المواشي فيه ليلًا أو نهارًا، وإن كانت الدواب تكثر في الزرع فتفسده، فحفر رب الزرع حوله حفيرًا لمكان الدواب، فوقع بعضها فيه فمات.

فروى أَصْبَغ عن مالك وابن القاسم: لا شيء عليهم، ولو لم ينذرهم، وانظر ما الفرق بينه وبين من يحفر للسارق زبية فيقع فيها.

قلتُ: هو سماع أَصْبَغ في كتاب الأقضية.

ابن رُشْد: وهذا كما قال؛ لأنه إنما فعل ما يجوز له أن يفعله في أرضه تحصينًا على زرعه لا لإتلاف دواب الناس، ولو فعل ذلك لإتلافها ضمنها، على قوله في المدَوَّنة: فيمن يصنع بداره شيئًا ليتلف فيه السارق، ووقعت المسألة الأولى في رسم الأقضية لابن غانم في سماع أشهب.

قال ابن رُشْد: وإنما يسقط الضمان على رب المواشي إذا أخرجها عن جملة الزرع والحوائط بذائد يذودها إلى مرعاها، فشرد منها شيء ورجع إلى الزرع والحوائط، فأفسد دون تضييع ولا تفريط، ولو أهملها بين الزرع والحوائط دون راعٍ أو براع فضيع أو فرط، فهو ضامن أعني الراعي؛ لأنه المضيع لا رب الماشية إذ ليس عليه أكثر مما ضيع.

الباجي وغيره: والواجب في ضمانه قيمته، وإن كانت أكثر من قيمة الماشية رواه ابن القاسم.

قلتُ: ومثله سمع ابن رُشْد؛ يريد: وليس له أن يسلم الماشية في قيمة ما أفسدت بخلاف العبد الجاني؛ لأن العبد هو الجاني، لأنه مكلف والماشية ليست هي الجانية إذ ليست بمخاطبة، وإنما الجاني ربها.

قلتُ: وقال أبو عمر: قال يحيى بن يحيى: إنما على ربها الأقل من قيمتها أو قيمة ما أفسدت، وأظنه قاسه على العبد الجاني.

ابن رُشْد: وإن أفسدت الزرع وهو صغير، ففيه قيمته لو كان يحل بيعه على الرجاء والخوف، قاله في سماع عيسى، ولا اختلاف فيه إن كان لا يرجى عوده لهيئته، وإن رجي عوده إليها، فحكى ابن حبيب عن مُطَرِّف: أن القيمة تكون فيه، ولا يستأنى به أن ينبت كما صنع في الصغير.

وعلى قول سَحنون يستأنى لقوله: فيمن قطع شجرة رجل من فوق أصلها لا يقضى عليه الساعة وتنتظر الشجرة، فإن عادت لهيئتها أو لا؛ فلا شيء على القاطع، وإن عادت ولم تتم على حالها الأول؛ غرم ما نقص ولا يرجع عليه بأجر سقي ولا علاج.

قال مُطَرِّف: فإن عاد الزرع لهيئته بعد الحكم إن مضت القيمة لرب الزرع، وإن لم ترد، وهو الآتي على قول أشهب: فيمن ذهب عقله يقضى له به بعد الاستيناء، ثم عاد إليه عقله؛ أنه حكم مضى.

وقيل: ترد القيمة وهو الآتي على قولها في الذي يعود إليه بصره بعد أن قضي له بالدية أنه يردها.

قال مُطَرِّف: لو تأخر الحكم حتى عاد الزرع لهيئته؛ سقطت قيمته، ولم يكن على المفسد إلا الأدب إلا أن يكون ما أفسد من ذلك يرعى وينتفع به؛ فتكون عليه قيمته ناجزًا على ما ينتفع به لا على الرجاء والخوف نبت أو لم ينبت، كان ذلك بعد الحكم أو بعده.

الباجي وابن رُشْد: ولو خرجت فوطئت رجلًا نائمًا فقطعت رجله؛ فهو هدر قاله

عيسى عن ابن القاسم.

قلتُ: وهو في سماع أشهب.

قال ابن الحاجب: وما أتلفته البهائم من الزرع نهارًا فلا ضمان؛ وفسر: إن استهمل بغير حافظ.

قلتُ: كذا هو في غير نسخة إن استهمل بالإثبات.

قال ابن عبد السلام: أي وفسر قول مالك: بما إذا كان الزرع مهملًا لا حافظ له كالحائط وشبهه، وليس هذا التفسير بالمتفق عليه.

قلتُ: هو معنى قول أبي عمر المتقدم: إنما يسقط الضمان إذا أطلقت دون راع إلى آخر كلامه، وقول ابن الحاجب: إن استهمل محمول على المعنى في تذكير الضمير أي: استهمل المفسد.

ونقل ابن هارون لفظ ابن الحاجب على نفي الاستهمال فقال: وفسر إن لم يستهمل بغير حافظ.

ونقل ابن شاس: قال محمد بن حارث: هذا محمول على أن أهل الماشية لا يهملون مواشيهم بالنهار، وعلى أنهم يجعلون معها حافظًا وراعيًا، وإن أهملوها فهم ضامنون.

قلتُ: وهذا عكس ما تقدم لأبي عمر، وكلاهما لم يجعل راجعًا إلا للماشية لا للحوائط فاعلمه.

[كتاب العتق]

العتق: رفع ملك حقيقي لا بسباء عن آدمي حي فداء لمسلم من حربي حقيقي سباه أو ممن صار له منه، وبقوله عن آدمي حي رفعه عنه بموته[1].

(1) قال الرَّصاع: قوله: (رفع ملك العتق لغة معناه ظاهر، وذكر الشَّيخ هنا عن شيخه؛ أنه كذلك عرفًا ولذا لم يحده، واستغنى عن تعريفه المصنف لشهرته عند العامة والخاصة، ورده الشَّيخ: بما تقدم مرارًا، وهو حق لا شك فيه، فقال: يرد بأن ذلك من حيث وجودها، لا من حيث إدراك حقيقتها؛ بل كثير من المدرسين لو قيل له: ما حقيقة العتق؟ لم يجب بشيء، ومن تأمل وأنصف؛ علم ما قلناه، والله سبحانه أعلم بمن اهتدى.
وما ذكر تلميذه هنا من سؤال وجواب لا يرد؛ لأنه قال:(فإن قلت): العلم بوجود شيء يستلزم معرفته؛ فيصح ما قاله ابن عبد السلام قال: قلت: إنما يستلزم مطلق معرفته، لا معرفته بحقيقته؛ فتأمل هذا، فإنه لم يظهر فيه كبير سؤال ولا جواب، مع أنه من كبار تلامذته، وهو سيدي الفقيه الأبي:، ولما كان نظريًا عرفه: بقوله: (رفع... إلخ)، والرفع هو إزالة أمر متقرر ثبوته.
قوله: (ملك) أخرج به رفع غير الملك، كرفع الحكم بالنسخ.
(فإن قلت): الملك المذكور هنا؛ هو الملك المتقدم تعريفه، أو هو غيره.
(قلت): هو الملك المذكور حده ووصفه، بقوله حقيقي.
قال: وأخرجت به استحقاق عبد بحرية، وأشار إلى أن المستحق من يده بحرية؛ لم يكن مالكًا حقيقة ظاهرًا وباطنًا، وهو ظاهر.
قوله: (لا بسباء محرم) عطف على مقدر أي: بغير سباء لا بسباء؛ ليخرج به فداء المسلم من حربي سباه، وكذلك لمن صار له من حربي.
قوله: (عن آدمي) متعلق بقوله: (رفع)، قال هنا تلميذه الشَّيخ الأبي المذكور: لا يقال بأن حده غير مانع لصدقه على بيع العبد وهبته؛ لأن هذه إنما هي نقل ملك لا رفعه؛ لأن الملك باق، وهذا حسن؛ لأن رفع الشيء يستلزم ذهابه، ونقله يقتضي وجوده في محل غير محله، والبيع وما شابهه؛ من الثاني لا من الأول، والله أعلم.
قوله: (حي) يخرج به من ارتفع الملك عنه بالموت، ولا يعترض على الشَّيخ بلفظة: (الآدمي)؛ لأن أصلها في الذكر كما تقدم لابن عبد السلام؛ لأنهم ردوا ذلك بأن المراد به الجنس، فيصدق على الذكر والأنثى.
(فإن قلت): قول الشَّيخ رحمه لا بسباء محرم إلخ لأي شيء زاده، فإن دار الحرب لا ملك لها.

وقول ابن عبد السلام: واستغنى المؤلف عن تعريف حقيقته لشهرتها عند العامة والخاصة. يرد بأن ذلك من حيث وجودها، لا من حيث إدراك حقيقتها؛ بل كثير من المدرسين لو قيل له: ما حقيقة العتق؟ لم يجب بشيء، ومن تأمل وأنصف أدرك ما قلناه، والله أعلم بمن اهتدى.

وحكمه من حيث ذاته: الندب؛ روى مسلم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «**من أعتق رقبة مؤمنة؛ أعتق الله بكل إرب إربًا منه من النار**» زاد البخاري: «**حتى الفرج بالفرج**»[1].

ورويا عن أبي ذر قال: «قلت: يا رسول الله أي الأعمال أفضل؟ قال: الإيمان بالله والجهاد فيي سبيله.

قلتُ: أي الرقاب أفضل؟ قال: أنفسها عند أهلها، وأكثرها ثمنًا»[2].

وفي كون الأكثر ثمنًا كافرًا أفضل أو الأقل ثمنًا مؤمنًا نقلا اللخمي رواية ابن حبيب وقول أَصْبَغ وصوبه.

وقوله: (حقيقي) يخرج ذلك.

(قلت): لما كان لها شبهة فيها ملك، ولعل السؤال أقوى، ثم أنه قال: وقول ابن شاس وابن الحاجب، وقبله شارحاه، وله أركان.

الأول المعتق يقتضي أن المعتق جزء كاللحم والعظم للإنسان، لا أركانه المحمولة كالحيوان والناطق للإنسان، وهذا تقدم له نظيره في النكاح والطلاق، ولم يذكر هذا التأويل هنا هناك؛ لأن شيخه قال هناك: استغنى المصنف عن الحد بذكر الأجزاء الحسية، فهذا يمنع الجواب عنه بما ذكر هنا.

(فإن قلت): الشَّيخ: لما حد البيع قال بعد ذلك: (وله أركان) والضمير يعود على المحدود، وقد قدمنا البحث معه في ذلك، وهذا يقويه.

(قلت): تقدم التنبيه عليه والجواب عنه في الطلاق، حيث بحث مع ابن الحاجب بهذا.

(1) أخرجه البخاري: 5/103 و104 في العتق، باب ما جاء في العتق وفضله، ومسلم: رقم (1509) في العتق.

(2) أخرجه البخاري: 5/105 في العتق، باب أي الرقاب أفضل، ومسلم: رقم (84) في الإيمان، باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال.

وقول ابن شاس، وابن الحاجب وقبوله شارحاه: (وله أركان، الأول: المعتق) يقتضي أن المعتق جزء من العتق، وليس كذلك إلا أن يريدوا أركانه الحسية المتوقف وجوده حسًا عليها، كاللحم والعظم والدم للإنسان، لا أركانه المحمولة عليه كالحيوان والناطق للإنسان.

[باب المعتق]

وعليه فهو كل من لا حجر عليه في متعلق أعتقه طائعًا[1]، فيخرج من أحاط دينه بما أعتق أو ببعضه، وذات الزوج فيها حجره فيه عليها، إلا السفيه في أم ولده في المديان منها: عتقه أم ولده جائز؛ لأنها مما ليس له فيه إلا المتعة، وقول ابن الحاجب: (المعتق: كل من لا حجر عليه) مفهومه: رد عتق السفيه أم ولده.

وفي الولاء منها: لا يجوز عتق المكاتب والعبد بغير إذن سيده، وللسيد رد عتقها، فإن رده بطل، ولم يلزمهما إن أعتقا، وإن لم يعلم حتى عتقا مضى ذلك.

وفي عتقها الأول: ومن بتل عتق عبيده في صحته وعليه دين يغترقهم ولا مال له سواهم -لم يجز عتقه، وإن كان دينه لا يغترقهم -بيع من جميعهم مقدار الدين بالحصص لا بالقرعة، وعتق ما بقي.

وفيها: ومن رد غرماؤه عتقه؛ فليس له ولا لغرمائه بينهم دون الإمام، فإن فعل أو فعلوا، ثم رفع إلى الإمام بعد أن أيسر -رد البيع، ونفذ العتق، ولو أعتق في عسره فلم يقم عليه حتى أيسر -نفذ عتقه، ثم إن أعسر بعد ذلك قبل يوم القيام عليه -لم يرد عتقه.

اللخمي: إن كان البيع منهم بالحصص لا يفضل للعتق شيء لعيب العتق؛ فيرجع

---

(1) قال الرَّصاع: قال: كل من لا حجر عليه في متعلق عتقه طائعًا.

قال: فيخرج من أحاط الدين بماله بما أعتق أو بعضه، وذات الزوج فيما حجر فيه عليها، ولا يخرج السفيه في أم الولد، وكلام ابن الحاجب معترض، وكذلك قوله، ويجب بالنذر... إلخ، انظره والله سبحانه أعلم، والإتيان بكل يأتي ما فيه بعد، وقد اعترض عليه شارحه ويجب بالنذر إلخ، انظره فإنه فيه فوائد، والله سبحانه الموفق.

للقرعة فيما يباع للدين، وإن أمسك الغرماء عن القيام بعد العتق، ثم قاموا، فقال الباجي: عن ابن عبد الحَكم: إن قاموا بعد الثلاث السنين والأربع، وهو بالبلد، وقالوا: لم نعلم؛ فذلك لهم، ولو كانوا رجالًا حتى تقوم بينة أنهم علموا، وفي أكثر من أربع سنين لا يقبل منهم.

وروى محمد: أستحسن إن طال حتى وارث الأحرار، وجازت شهادته.

قال ابن القاسم: يريد إن اشتهر بالحرية، وتثبت له أحكامها بالموارثة، وقبول الشهادة، ولم يمنع ذلك الغرماء؛ فهو محمول على الرضا بعتقه.

وقال أَصْبَغ: إنما ذلك في التطاول الذي لعل السيد أيسر فيه، ولو تيقن ببينة قاطعة اتصال عدمه مع غيبة الغرماء، وعدم علمهم رد عتقه، ولو ولد له سبعون ولدًا، ولو قال الغريم في ثلاث سنين أو أربع علمت بعتقه ولم أنكره لما اعتقدت؛ أن الدين لا يحيط بماله، فقال ابن عبد الحَكم: ينفذ عتقه.

ولأَصْبَغ عن ابن وَهْب: لا يرد لدين هذا الغريم ويرد لغيره ويدخل معه هذا.

وقال أَصْبَغ: يرد لهذا الغريم، ولو كان وحده.

قلتُ: قول ابن وَهْب بعيد أو مستحيل، ولو رد الإمام عتقه ثم أيسر قبل بيعه عتق، رواه سَحنون عن ابن القاسم.

وأشهب عن ملك قال: وليس رد السلطان برد حتى يباع ما لم يقسم المال بين الغرماء أو لم يفت ذلك وكان قريبًا.

وقال ابن نافع: لا أعرف هذه الرواية والذي عندي أن رد السلطان رد للعتق، وإن لم يبع في الدين فلا يعتق بعد ذلك وإن أفاد مالًا.

ابن زرقون: وفي مختصر الوقار: إن أيسر بقرب رد الحاكم أعتقوا وإن طال الزمان كانوا رقيقًا.

وفي الموازيَّة: إن أيسر بعد بيع الإمام قبل قسم الثمن رد البيع، وإن قسم الثمن وطال لم يرد.

قال سَحنون: سواء قسم الثمن أو لم يقسم إذا نفذ البيع، وتمت أيام الخيار -لم يرد البيع.

الباجي: وعلى رروراية ابن القاسم يرد السلطان عتق الرقيق؛ فليس للسيد الوطء، وله استخدامهم، فإن أفاد مثل دينه عتقوا، وإن أفاد أقل من ذلك؛ فإن العتق في كلمة بيع منهم لما بقي بالحصص، وإن أعتقهم واحدًا بعد واحد -بيع الآخر، وأعتق من بقي كمن أعتق وله وفاء لبعض دينه، قاله القاسم.

وفيها: الوصيَّة بالعتق عدةٌ إن شاء رجع فيها، ومن بت عتق عبده أو حنث بذلك في يمين -عتق عليه بالقضاء، ولو وعده بالعتق أو نذر عتقه لم يقض عليه بذلك وأمر بعتقه.

اللخمي: من قال علي عتق عبد؛ لزمه، فإن لم يكن معينًا لم يجبر، وإن كان معينًا فقال مالك: لا يجبر.

ولأشهب عند محمد: إن قال: لا أفي -قضي عليه، وإن قال: أفعل؛ ترك، وإن مات قبل أن يفعل -لم يعتق في ثلث ولا غيره.

ولابن القاسم في الموازيَّة: من جعل شيئًا للمساكين ولم يعينهم؛ أنه يجبر، فعلى هذا يجبر في العتق وإن لم يعينه.

قلتُ: ففي القضاء على ناذر عتق به، ثالثها: إن كان معينًا؛ لتخريج اللخمي على قول ابن القاسم في النذر للمساكين، وقول مالك، وقول أشهب المتقدم.

وقول ابن الحاجب: (ويجب بالنذر، ولا يقضى إلا بالبينة والحنث) مشكل؛ فوجب على الناظر في كلامه جبره مع يسر العبارة عن حقيقة المذهب في ذلك كما تقدم.

[باب المعتق]

المعتق: كل ذي رق مملوك لمعتقه حين تعلق العتق بمكان ملكه، محصلًا أو مقدرًا، لم يزاحم ملكه إياه حق لغيره قبل عتقه لا معه(1).

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (كل ذي رق).

(فإن قلت): كيف صح للشيخ رحمه الله الإتيان بلفظ: (كل) في تعريفه، وقد علم ما للمناطقة في ذلك؛ لأن التعريف إنما هو للماهية من حيث هي، ولا يدخل فيها عموم، ولأن الحد يصدق على المحدود وجوبًا، ولا يصدق المحدود بصفة العموم.

(قلت): ولا يجاب عن الشَّيخ هنا: بما أجيب به عن ابن الحاجب في مبادئ اللغة، في قوله: أما حده فكل لفظ وضع لمعنى.

قال بعض شراحه: ذكر (كلًا) إشارة إلى عدم الاختصاص بذكر أو أنثى، مشتركا فيه أم لا، معتق إلى أجل أو مكاتب إلى غير ذلك من ذي الرق، وقد أجيب عن ابن الحاجب بأجوبة لا تأتي هنا، وقد وقع للأبلي هنا تقييد على هذا المحل، وزعم أن ذلك ليس من القضية المنحرفة، وأن القضية المنحرفة خاصة بالتصديق، فانظره.

قوله: (رق) يعم من فيه شائبة رق.

قوله: (مملوك لمعتقه).

قال: لقول المدَوَّنة من قال لعبد: أنت حر من مالي لم يعتق عليه، وإن قال سيده: أنا أبيعه منك وإنما قال ذلك؛ لأن محل العتق لا بد فيه من ملك، كما يقال: الطلاق لا بد فيه من محل.

(فإن قلت): هل يجري في ذلك ما قيل في المسألة المشهورة، إذا قيل لرجل: تتزوج فلانة، فقال هو: حرام، هل يلزمه تحريم إذا تزوجها أم لا، وسبب الخلاف التعليق السياقي، هل يعمل عليه كاللفظي أم لا قولان.

وهنا إذا قال سيد العبد لرجل: أبيعك هذا العبد، فقال في الجواب: هو حر من مالي معناه؛ إن اشتريته فهو حر، وذلك شبيه بالمسألة، فمن قال بالتحريم في الأولى، يقول به في الثانية، ومن لم يقل هناك لم يقل هنا؛ بل لا يقال لا يلزم التحريم، أن يقال لعدم العتق؛ لأن الشرع متشوف له.

(قلت): يمكن الجواب بأن التحريم جرى فيه عرف في ذلك، بخلاف العتق لم يجر فيه، وإن التعليق السياقي كاللفظي.

قال الشَّيخ: وكذلك إذا قال لأمة أجنبي: إن وطئتك فأنت حرة، إن ملكها لا عتق عليه إلا أن ينوي الملك.

=

فقولنا: (مملوك لمعتقه) لقولها مع غيرها: من قال لعبد غيره: أنت حر من مالي -لم يعتق عليه، وإن قال سيده: أنا أبيعه منك، ومن قال لأمة غيره: إن وطئتك فأنت حرة، فابتاعها فوطئها -لم تعتق عليه إلا أن يريد: إن اشتريتك، وقولنا (مقدرًا) لقولها مع

قوله: (كان ملكه محصلًا أو مقدرًا) ليدخل به ما في المدَوَّنة وغيرها، من قال لعبد: إن اشتريتك أو ملكتك؛ فأنت حر، فاشتراه أو بعضه؛ عتق عليه جميعه، وقوم عليه حظ شريكه أي: الملك الحقيقي والتقديري.

قال: وقولنا لم يزاحم ملكه إياه حق لغيره قبل عتقه، لقول المدَوَّنة مع غيرها، ومن أعتق عبده بعد علمه أنه قتل قتيلًا خطأً، وقال لم أرد حمل جنايته، وظننت أنها تلزم ذمته، ويكون حرًا حلف على ذلك ورد عتقه.

(فإن قلت): لأي شيء اقتصر على هذه الصورة، وكذلك إذا أعتق وعليه دين؛ فإن عتقه يرد، وغير ذلك من الصور.

(قلت): المزاحمة في هذه أشد، وفيه بحث لا يخفى.

قال: وقولنا لا معه لقول المدَوَّنة، ومن قال لعبده: إن بعتك فأنت حر، ثم باعه عتق على البائع ورد الثمن، وإعراب قوله لم يزاحمه جملة صفة للمملوك، وقبل عتقه متعلق بقوله لم يزاحم.

(فإن قلت): الضمير في قوله معه، على من يعود، وبأي شيء يتعلق معه، وعلى أي شيء عطف بلا.

(قلت): الضمير يعود على العتق، وتقدير الكلام لم يزاحم ملك المعتق حق لغيره، إلا إذا زاحمه مع قبل العتق مع وجود العتق مباعًا.

فقوله: (معه) عطف على قبل العتق بلا العاطفة، والعامل في المعطوف عليه؛ هو العامل في المعطوف، ومسألة المدَوَّنة التي أدخلها مشكلة تصديقًا؛ لأن الحرية مسببة عن البيع، والبيع يوجب نقل الملك، والعتق يستلزم ثبوت الملك، حاصلًا أو تقديرًا، وللمازري: وغيره فيها تأويل وإشكال، والله الموفق.

(فإن قلت): تأويل القاضي إسماعيل مسألة المدَوَّنة المذكورة، وهو المشهور فيها، على أن معنى ذلك إن بعتك فأنت حر، قبل البيع؛ ليزيل إشكالها، وفيه نظر؛ لأن البيع قد نقل ملكه.

وقوله: (أنت حر) قبل ذلك لا يصح أن يكون إنشاء؛ بل إخبار، وهو لا ينفع بعد تعلق الحق للغير، ولا يصح قول الشَّيخ: (لا معه)؛ لأنه لم يقع اجتماع حتى تخرج هذه الصورة.

(قلت): لعله مضى على تأويل ابن المواز؛ لأنه قال إنما لزم، لأن البيع والعتق لزما معًا ووقع لقولهما، والمسألة مشكلة، والله أعلم، وكلام ابن عبد السلام هنا أحسن انظره، وتأمل إذا أعتق المشتري في البيع الفاسد أو البائع.

غيرها: من قال لعبد إن اشتريتك أو ملكتك فأنت حرر، فاشتراه أو بعضه -عتق عليه جميعه، وقوم عليه حظ شريكه.

وقولنا: (لم يزاحم ملكه إياه حق لغيره قبل عتقه) لقولها مع غيرها: ومن أعتق عبده بعد علمه أنه قتل قتيلًا خطأً، وقال: لم أرد حمل جنايته، وظننت أنها تلزم ذمته، ويكون حرًا -حلف على ذلك، ورد عتقه.

وقولنا: (لا معه) لقولها: ومن قال لعبده: إن بعتك فأنت حر، ثم باعه -عتق على البائع، ورد الثمن.

[باب صيغة العتق]

الصيغة: اللفظ الدال على ماهية العتق[1].

[باب صريح صيغة العتق]

صريحها: ما لا يقبل صرفه عنه لغير إكراه بحال، محكومًا به عليه كأعتقتك، وأنت حر، وإن قال له: أنت حر اليوم؛ عتق للأبد[2].

---

(1) قال الرَّصاع: هذا يعم الصريح والكناية.

(فإن قلت): إذا أشار بالعتق إلا بكم أو غيره؛ فإن العتق لازم وليس بلفظ.

(قلت): حقه أن يقول أو ما يقوم مقامه، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

(2) قال الرَّصاع: قال: ما لا يقبل صرفه عنه لغير إكراه بحال محكومًا به عليه، كقولنا أعتقتك وأنت حر، وكذلك أنت حر اليوم، وزاد ابن الحاجب كالتحرير والإعتاق وفك الرقبة، قال شارحه: وما اشتق منها، قال: وقولنا لغير إكراه، لقولها ولو مر على عاشر فقال: هو حر ولم يرد به الحرية؛ فلا عتق له فيما بينه وبين الله، وإن قامت بينة لم يعتق أيضًا، إذا علم أن السيد دفع عن نفسه بذلك ظلمًا، قال: وقولنا محكومًا عليه به احترازًا من كونه وصفًا، كقوله: تعالى يا حر، ولم يرد به الحرية؛ فلا شيء عليه.

(فإن قيل) إذا قال لعبده وهبت لك نفسك، هل يلزمه العتق.

(قلت): كذلك قال فيها: ولا يفتقر لقبول العبد، إلا أن ذلك من الكناية عند ابن الحاجب وغيره، والشَّيخ ذكره هنا في الصريح فتأمله، وقد تقدم للشيخ الرد في الهبة على من قال بأن الهبة القبول فيها

ومن قال لعبده: لا سبيل لي عليك ولا ملك لي عليك؛ عتق عليه، وإن علم أن هذا الأمر جواب لكلام قبله صدق فيه أنه لم يرد عتقه.

فقولنا: (لغيره إكراه) لقولها: ولو مر على عاشر، فقال: هو حر، ولم يرد بذلك الخبر به لم يعتق أيضًا إذا علم أن السيد دفع بذلك عن نفسه ظلمًا.

وقولنا: (محكومًا به عليه) احترازًا من كونه وصفًا، كقولها: لو قال له: تعال يا حر، ولم يرد به الحرية، إنما أراد: أنت في معصيتك إياي كالحر فلا شيء عليه ولا في القضاء.

وفيها: إن قال لعبده: أنت حر، وقال: نويت بذلك الكذب لزمه العتق ولا ينوى إنما ينوى فيما له وجه، كمسألة العاشر.

اللخمي: لأشهب في الموازيَّة ينوى في الكذب، وهو أحسن؛ لأنه لفظ بغير بينة إذا صدقتهاالأمة.

قلتُ: العتق حق لله، فتصديقها لغو.

وفيها: إن قال له: أنت حر اليوم من هذا العمل، وقال: أردت عتقه من العمل، لا الحرية -صدق في ذلك مع يمينه.

وسمع عيسى في رسم لم يدرك: من قيل له في عبده: من ربه، فقال: ما له رب إلا الله، أو قيل له: أمملوك هو؟ قيل: ما هو مملوك، وقيل له: ألك هذا العبد؟ قال: ما هو لي، لا شيء عليه في جميع ذلك.

قال عيسى: وعليه اليمين في العتق والطلاق.

ابن رُشْد: ظاهر قول ابن القاسم لا يمين عليه، ولا يمين عليه في قوله: ما هو

ليس بركن، واستدل بهذه؛ لأن هذه في المعنى عتق، وهو لا يفتقر لقبول.

(فإن قلت): وقع فيها، إذا قال رجل لرجل: اعتق جاريتي، فقال لها الرجل: اذهبي، وقال أردت به العتق؛ عتقت، قال: لإنه من حروف العتق، وإن قال لم أرد به العتق؛ صدق، فتأمل هذا مع رسم الشَّيخ المذكور.

(قلت): هذا فيه مشكل، قال: لإنه إن كان من حروف العتق؛ لم يكن عدم إرادة العتق به مانعًا، كما إذا قال: أنت حر، إلا أن يريد عدم إرادة غيره فتأمله، والله أعلم.

لي اتفاقًا.

ولابن القاسم في رسم الرهون كقول عيسى، ومثله في المدَوَّنة فيمن قال لعبده: أنت حر اليوم من هذا العمل، والخلاف في هذا كأيمان التهم، ولو ادعى العبد أنه كان اعتقه قبل ذلك واحتج بقوله ما هو مملوك لي لزمته اليمين اتفاقًا، كمن قام له شاهد واحد بعتقه.

وقولها: من قال لرجل اعتق جاريتي، فقال لها الرجل: اذهبي، وقال: أردت به العتق عتقت؛ لأنه من حروف العتق، وإن قال لم أرد به العتق صدق واستشكل بأنه إن كان من حروف العتق لم يكن عدم إرادة العتق به مانعًا من العتق إلا أن يريد بعدم إرادة العتق إرادة غيره فتأمله.

وفيها: من قال لعبد وهبت لك نفسك أو أعتقتك أو تصدقت عليك برقبتك؛ فهو حر وإن لم يقبل ذلك العبد.

اللخمي عن سَحنون: إن قال تصدقت عليك بعملك أو خراجك أو خدمتك حياتك كان حرًّا.

اللخمي: لو قال ما أردت تبتيل العتق؛ أنما أرادت أن يبقى رقيقًا لما يكون من جناية أو إرث بالرق قبل قوله على أحد القولين في أمر الولد إذا بطل عنك وطؤها؛ لا تعتق.

قلتُ: ويفرق بأن في اللفظ احتمال دلالة على بت العتق بخلاف وصفه بطلان الوطء.

قال عن سَحنون لو قال: تصدقت عليك بخراجك وأنت حر بعد موتي كان كأم الولد.

اللخمي: يريد أنه حر من رأس المال واختلف في هذا الأصل في الموازيَّة هل يكون من الثلث أو من رأس المال.

وفي رسم المكاتب من سمَاع يحيى من كتاب الهبات: إن قال أحد الشريكين في العبد حظي من خدمتك عليك صدقة قوم عليه حظ صاحبه كمن أعتق شركًا له في

عبد، ولو قال لعبده: خدمتك عليك صدقة ما عشت أنت فهو حر، ولو قال: حياتي لم يكن له من خدمته إلا حياة السيد، وكذا قوله لخراجك أو عملك.

ابن رُشْد: فرق مالك في كتاب الخدمة من سماع ابن القاسم: بين الخراج والعمل فقال: في تصدقت عليك بخراجك له أن يستخدمه ولا يضر به؛ يريد: فيما تستخدم فيه أم الولد، وفي تصدقت عليك بعملك، هو حر مكانه.

وقال سَحنون: الخراج والعمل والخدمة واحد إن أراد بالصدقة، بذلك ما عاش العبد، فهو حر الساعة، وإن أراد ما عاش السيد، فليس له منه إلا حياة السيد، فقول سَحنون كقول ابن القاسم في هذا السماع، خلاف قول ملك، ولا فرق عند جميعهم بين الخدمة والعمل، ولم يتكلم ابن القاسم إذا قال: تصدقت عليك بخدمتك أو عملك، ولم يقل ما عشت أنت، ولا ما عشت أنا على ما يحمل ومقتضى النظر تصديقه في ذلك بغير يمين، وهو دليل قول سَحنون، فإن لم تكن له نيَّة حمل على حياة العبد، وكان حرًا مكانه.

قلتُ: نحو هذه المسألة قولها في الوصايا الأول من قال: وهبت خدمة عبدي لفلان، ثم مات فلان؛ فإن لورثته خدمة العبد إلا أن يستدل من قوله على أنه؛ إنما أراد حياة المخدم.

قال أشهب: يحمل على أنه حياة فلان، ولو قال كان حياة العبد كانت هبة لرقبته.

قلتُ: وفي صدق ملازمة قول أشهب نظر على ما قاله اللخمي في قول سَحنون لو قال: ما أردت تبتيل العتق؛ إنما أردت أن يبقى رقيقًا لما يكون من جناية أو إرث قالها ابن الحاجب وابن شاس.

[باب الكناية في العتق]

والكناية وهبت لك نفسك واذهب واعزب ونحوه(1).

وشرط الكناية النية.

قلتُ: مقتضاه شرط النيَّة في وهبت لك نفسك، وفي المدَوَّنة خلافه.

قال ابن القاسم: سمعت مالكًا يقول: في الرجل يقول لعبده: قد وهبت لك نفسك أنه حر.

وسألت مالكًا عن رجل وهب لعبده نصفه قال: هو حر كله.

وفيها: إن أراد أن يقول لزوجته: أنت طالق أو لأمته أنت حرة، فقال لها: ادخلي الدار ونحو ذلك؛ لم يلزمه شيء حتى ينوى أن الأمة حرة، والزوجة طالق بما يلفظ به

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ: بعد هذا فيها حاصله، ويؤخذ منه حد الصريح والكناية: أن ما لا ينصرف عن العتق بالنيَّة ولا غيرها صريح، وما يدل على العتق بذاته، وينصرف بالنية، ونحوها كناية ظاهرة وما لا يدل عليه، ولا بالنيَّة كناية خفية.

فالأول: أعتقت وأنت حر، ولا قرينة لفظية قارنته.

والثاني: كقوله: أنت حر اليوم من هذا العمل، وبقوله: لا سبيل لي عليك، ولا ملك لي عليك.

والثالث: واضح كناولني الثوب؛ وأراد به العتق، وهو عتق باللفظ لا بالنيَّة على الصحيح.

ثم قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: قال ابن الحاجب وابن شاس: والكناية وهبت لك نفسك، واذهب واغرب ونحوه.

قال: وشرط الكناية النية.

قال: وقولها شرط الكناية النيَّة مقتضاه شرط في: وهبت لك نفسك، وفي المدَوَّنة: خلافه ثم أتى بنصها.

قال: قال ابن القاسم: سمعت مالكًا يقول: في الرجل يقول لعبده: قد وهبت لك نفسك أنه حر، وسألت مالكًا عن رجل وهب لعبده نصفه، قال: هو حر كله، وهذا الاعتراض سبقه به شيخه ابن عبد السلام: الجميع.

ثم قال شارحه بعد الاعتراض: والحاصل أنه لا يعد أن يكون المذهب هنا على نحو ما في الطلاق، من أن الكناية على قسمين: ما يحتاج إلى النية، وما لا يحتاج إليها انظره.

من القول، وكذا إن قال لجاريته: أن برية أو خلية أو بائن أو بانت، أو قال لها: كلي أو اشربي أو تقنعي؛ يريد بذلك: اللفظ الحرية، فهي حرة.

اللخمي: ولأشهب في الموازيَّة: إن أراد به العتق أو الطلاق، لم يلزمه عتق ولا طلاق، وإن أراد: إذا قلتِ هذا؛ فأنت حر أو طالق، لزمه.

قلتُ: خرجه بعض المتأخرين على أن اللغات توقيفية، وتحصيل الصيغة أن ما لا ينصرف عن العتق بالنيَّة ولا غيرها صريح، وما يدل على العتق بذاته وينصرف عنه بالنيَّة ونحوها كناية ظاهرة، وما لا يدل عليه إلا بالنيَّة كناية خفية فالأول كأعتقت، وأنت حر، ولا قرينة لفظية قارنته.

والثاني: كقولها: أنت حر اليوم من هذا العمل، وكقوله: لا سبيل لي عليك، ولا ملك لي عليك، والثالث واضح.

وفي كونه عتقًا باللفظ أو بالنيَّة قولان؛ لظاهر نصوص المذهب، وزعم اللخمي، قاله في الطلاق ابن شاس، لو قال في حال المساومة وهو عبد جيد حر، لم يلزمه شيء لصرف القرينة إلى المدح دون العتق.

قلتُ كقولها: ومن عجب من عمل عبده أو من شيء رآه، فقال له: ما أنت إلا حر لا شيء عليه، ولو قامت بذلك بينة.

وفي فتاوى ابن زَرْب: من عقد عليها وثيقة عبر فيها عن مملوكها بمولاتها فزعمت المملوكة أنها حرة، واحتجت بهذه اللفظة، وقالت المرأة المولاة: عندي والمملوكة سواء فقال: نزلت هذه المسألة، وأفتى فيها أبو إبراهيم واللؤلؤي بأنها حرة، وبه أقول، وكان أهل المجلس اختلفوا فيها.

وفيها: من قال لعبده: إن بعتك فأنت حر، فباعه عتق على البائع ورد الثمن.

اللخمي: وقال ربيعة وعبد العزيز ابن أبي سلمة: لا حرية للعبد، وهو رق لمشتريه.

قلتُ: وعزاه الصقلي أيضًا لعبد الملك ابن الماجِشُون، خلاف ما يأتي للخمي عنه.

قال اللخمي: واختلف إن قال: بعتك فأنت حر إلى سنة، ففي الموازيَّة يفسخ بيع

العبد، ويكون حرًا إلى سنة.

وقال ابن الماجِشُون: لا حرية له، وهو رق لمشتريه؛ لأن إنما يقع الحنث بعد بيعه، وإنما اعتق ملك غيره، ووافق مالكًا إذا قال: فأنت حر، ولم يقل إلى سنة.

قلتُ: تعليله في مسألة إلى سنة يوجب استواء المسألتين.

وقال ابن رُشْد في أول مسألة من رسم القطعان من سمَاع عيسى من الأيمان بالطلاق ما نصه: قول مالك فيمن قال لعبده: أنت حر إن بعتك فباعه، أنه حر على البائع استحسان على غير قياس.

والقياس فيها: قول من قال: إنه لا شيء على البائع؛ لأن العتق إنما وقع من البائع بعد حصول العبد لمشتريه، ومثله اختار اللخمي.

وفي توجيه المشهور بأن العتق والبيع وقعا معًا، فغلب العتق لقوته كتبديته في الوصايا، أو لأن محمله، فأنت حر قبل بيعي إياك، ثالثها: لحنثه بمجرد بيعه المنكشف بقبول المشتري على الحنث بالأقل، للخمي عن محمد وإسماعيل القاضي وسَحنون وعلى المشهور.

قال اللخمي: في افتقاره إلى حكم قولان، لقول الموازيَّة: إن كانت أمة فأولدها المشتري غرم قيمة الولد يقاص بها من الثمن.

وقول محمد: لا شيء على المبتاع في الولد لم يرها في القول الأول حرة بنفس البيع، ورأى محمد أنها حرة به، والأول أحسن لشهرة الخلاف.

وفي تبعية العبد ماله وبقائه لبائعه، تخريج اللخمي على تعليل إسماعيل مع محمد، وقول سَحنون.

ابن رُشْد: وفيه نظر؛ لأن الذي يتأول على المذهب: أن العتق وقع بأول البيع قبل تمامه إذ لو تم فيه البيع لما لزم العتق، وإذا وقع العتق قبل تمام البيع، وجب المال للعبد، ووجه قوله: إنه لما قصد إلى عتقه بالبيع وحكم البيع بقاء المال للبائع، صار كأنه استثناء؛ لأنه قال: المال للبائع؛ لأن البيع أوجب العتق فصار البائع أولى بالمال، هذا نص قوله.

الصقلي قال بعض أصحابنا: ولو كان المشتري استثنى مال العبد كان تبعًا للعبد لانتقاض البيع للعتق، فبطل كونه للمشتري فكان للعبد.

الصقلي: ولأن المشتري إنما استثناه للعبد، فإن كان البائع؛ إنما باع نصفه ولم يستثن المشتري ماله، فنصف ماله انتزعه السيد ببيعه إياه، والنصف الثاني باق للعبد، فإذا عتق عليه النصف الذي لم يبعه بالحكم، بيع العبد نصف ماله الذي بقي عليه ملكه، وقاله أبو عمران.

وفيها: ولو قال رجل مع ذلك: إن ابتعتك فأنت حر فابتاعه؛ فعلى البائع يعتق لأنه مرتهن بثمنه.

قلتُ: وعلى قول عبد الملك: يعتق على المشتري.

وفيها: من قال لعبد إن اشتريتك أو ملكتك فأنت حر فابتاعه بيعًا فاسدًا؛ عتق عليه بقيمته ورد الثمن.

قال ابن رُشْد: وعلى القول: إن البيع الفاسد لا ينقل الملك لا حنث عليه، قاله في رسم بيع من سماع عيسى.

الصقلي لابن سَحنون عنه: من حلف بحرية عبده إن باعه بيعًا فاسدًا، فلا حنث عليه.

وقال: محمد يحنث ويعتق عليه.

الصقلي: صواب وسمع يحيى ابن القاسم، من قال أول عبد ابتاعه فهو حر فابتاع رقيقًا صفقة واحدة؛ حنث في جميعها، كما لو ابتاع شقصًا من عبد؛ فإنه يقوم عليه.

ابن رُشْد: مثله لابن حبيب عن ابن الماجِشُون في الميراث، فأحرى أن يقوله في الشراء.

وقيل: يعتق أحدهم بالسهم.

وقيل: يختار واحدًا فيعتقه، والقولان لابن القاسم في أول سماع سَحنون: فيمن قال: من بشرني بكذا فهو حر، فيأتيه ثلاثة من عبيده في مرة واحدة.

وفيها: من قال كل مملوك له حر في يمين أو في غير يمين؛ حنث بما عتق عليه عبيده

ومدبروه ومكاتبوه وأمهات الأولاد وكل شقص له في مملوك، وتقوم عليه بقيته إن كان مليًا، ويعتق عليه أولاد عبيده من إمائه، ولدوا قبل يمينه أو بعد، وأما عبيد عبيده وأمهات أولادهم؛ فلا يعتقون ويكونون لهم تبعًا.

الصقلي عن محمد: إنما يعتق ما ولد لعبيده بعد يمينه في يمينه لأفعلن لا في يمينه لا فعلت، وإليه رجع ابن القاسم؛ وإنما يدخل في يمينه لا فعلت ما كان حملًا يوم اليمين.

قُلتُ: في عتقها الثاني: من قال لأمته أنت حرة إن لم أفعل كذا إلى أجل كذا، فتلد قبل الأجل؛ فهم بمنزلتها إذا عتقت، وليس له بيعها ولا بيع ولدها.

قال ابن رُشْد: هذا المشهور من قول مالك، وروي عنه: أنهم لا يدخلون وإن كان على حنث، وهو قول المغيرة، وإن كان يمينه على بر، فالقياس أن لا يدخلوا، وهو أحد قولي مالك واستحسنه على كره، وقال مرة: تعتق بغير ولدها، وإن ضرب لفعله أجلًا ففيها الخلاف المتقدم.

الصقلي عن القابسي: إنما يعتق عليه كل شقص في مملوك إن كان له في كل عبد شريك، ولو كانوا عبيدًا بينه وبين رجل قسموا، فما صار للحالف عتق عليه.

الصقلي: وهذا إنما يجري على قول محمد، والكتاب يدل على خلافه.

وحكى عن ابن الكاتب أنه قال: قول محمد: إنما يجري على قول أشهب في الأرض بين الرجلين يبيع أحدهما طائفة بعينها منها، فإن الأرض تقسم، فإن وقع البيع في حظ البائع مضى البيع، وإن وقع في حظ شريكه نقض، وابن القاسم يأبى ذلك، قال: ولابن سَحنون عنه في مماليكي أحرار ولا نيَّة له لا يعتق إناثهم، ثم رجع فقال: تعتق.

الصقلي: هذا هو قول المدَوَّنة لقولها: كل مملوك لي حر يعتق أمهات أولاده ولا فرق بين كل مملوك ومماليكي.

ابن سَحنون: يدخل في رقيقي الإناث لا في عبيدي، ولو كانوا له إناث حوامل عتق ما أتين به من غلام لأقل من ستة أشهر من يوم قوله، إذا لم يكن الحمل ظاهرًا وكان الزوج مرسلًا عليها، وإن لم يكن مرسلًا عليها أو كان الحمل ظاهرًا، فإنه يعتق عليه ما أتت به لخمس سنين.

وفيها لابن القاسم: في كل مملوك أملكه حر لا يلزمه العتق إلا فيما ملك يوم حلف، فإن لم يكن له يومئذ مملوك، فلا شيء عليه فيما يملك قبل الحنث أو بعده.

أشهب: لو قال: إن دخلت هذه الدار فكل مملوك أملكه أبدًا حر، فدخلها لم يعتق عليه ما عنده من العبيد؛ إنما أراد المستقبل.

عياض: يمينه بما يملكه إن قيد بالحال والاستقبال، اختص بهما وإن أهمله ففي تخصيصه بالحال وعمومه في الاستقبال اختلاف والعموم اشبه، وقاله ابن أبي زَمَنَيْن وابن لبابة، ومسائل الكتاب مضطربة تدل على القولين.

وفيها مع غيرها: من أعتق جزءًا من عبده عتق جميعه.

اللخمي: اختلف قول مالك هل عتق بقيته بنفس العتق الأول أو بعد الحكم؟ وفرق مرة فقال: إن كان لها شريك فحتى يحكم، وقال: والأحسن وقفه على الحكم فيها، ثم قال: وهو الصحيح من المذهب.

ابن رُشْد في أول رسم من سماع يحيى ابن القاسم: من اعتق نصف عبده وهو صحيح، فلم يرفع ذلك حتى مات المعتق، لم يعتق منه إلا ما عتق في صحته، هذا مشهور المذهب، وقيل: يكون حرًا كله بسريان العتق في جميعه حكاه عبد الوهاب.

الصقلي لابن سَحنون عنه: قال ببعض أصحابنا: من أعتق نصف عبده فلم يتم عليه حتى باع النصف الآخر فأعتقه مبتاعه، رد بيعه وعتق باقيه على بائعه، وإن استحدث دينًا فلا بد من فسخه ويباع ما رد لأهل الدين، وإن نقد مشتريه ثمنه كان أولى إذا بيع بمثل ما أخذ منه البائع، وما فضل للغرماء، وإن لم يكن دين غير الثمن الذي نقد، لم يعتق النصف حتى يعطي المشتري ما نقد، ويباع في ذلك النصف إن لم يكن له غيره، وإنما يباع منه بالثمن خاصة، ويباع مناقصة.

يقال: كم يشترى منه بعشرة؟ فيقول قائل: آخذ نصفه بعشرة، ويقول آخر: آخذ ثلثي نصفه بعشرة، هكذا حتى يقف، ثم يعتق ما فضل منه مع النصف الأول، ولا عتق للمشتري كان، المعتق الأول مليًا أو معدمًا.

أبو محمد: انظر قوله أو معدمًا.

قلتُ: قوله في أول المسألة: فلم يتم عليه حتى باع نص في وقف تكميله عليه على الحكم.

الصقلي: لابن حبيب عن الأخوين من أعتق نصف عبده، ثم تصرف بنصفه على آخر - قوم على المعتق ولزمه نصف قيمته للمتصدق عليه، فإن مات المعتق أو فلس قبل أن يستتم عليه عتقه -استرق المتصدق عليه نصفه.

وسمع يحيى ابن القاسم من قال في كلام واحد نسق: نصف غلامي حر ونصفه صدقة على فلان، أو بعكسه - إن بدأ بالعتق فهو حر كله، وإن بدأ بالصدقة فنصفه حر ويقوم عليه النصف المتصدق به، ثم قال: أراه عتيقًا كله لقول مالك: من تصدق بعبد ثم أعتقه قبل حوزه المتصدق عليه به -العتق أولى به.

أَصْبَغ: ليس القول الثاني بشيء إنما يكون حجة إذا تصدق به، ثم لم يعتق إلا بعد حين يمكن أن يعلم المتصدق عليه بصدقته، فلا يقوم ولا يجوز حتى يعتق المتصدق فيجوز عتقه، وأما إن تصدق ثم أعتق في مقامه ذلك فهو متلف لصدقته راجع فيها فليس ذلك له.

ابن رُشْد: القول الذي رجع عنه هو القياس، والقول الثاني يتخرج على القول بأن من أعتق بعض عبده عتق كله بالسراية دون أن يعتق عليه؛ ووجهه إنه لما أعتق بعضه بعد الصدقة بنصفه وقبل جواز المتصدق عليه راعى قول المخالف في أن الصدقة باقية على ملك المتصدق فجعل العتق يسري إليه فبطلت بذلك الصدقة.

وأما إن بدأ بالعتق فلم يختلف قوله في أنه يكون حرًا كله وتبطل الصدقة، ولا يأتي إلا على القول بالسراية وعلى عدمها، وهو قوله في المدَوَّنة يكون عليه نصف قيمته إذا كان حرًا؛ نصفه حر ونصفه صدقة، فهما مسألتان في كل مسألة قول، والتفرقة بينهما قول ثالث، ويتخرج فيها قول رابع: وهو التفرقة بالعكس فيلزمه قيمة النصف الذي تصدق به إن بدأ بالعتق، ولا يلزمه إن بدأ بالصدقة، وهو الأظهر؛ لأن العتق والطلاق لا يقعان في الصحيح من الأقوال بنفس تمام اللفظ به؛ بل بعد مهلة يتقرر فيها.

وذلك بين من قولها في الأيمان بالطلاق: - فيمن قال لأمراته قبل البناء: أنت طالق

أنت طالق أنت طالق، وفي نسق واحد-: أنه يلزمه الثلاث، فإذا قال الرجل في نسق واحد: نصف عبدي حر ونصفه صدقة على فلان، أو نصفه صدقة على فلان، ونصفه حر؛ صار المتقدم في اللفظ متأخرًا في المعنى، والمتأخر في اللفظ متقدمًا في المعنى.

وقوله: يقوم النصف إذا بدأ بالصدقة، هو خلاف سماع زونان من كتاب الصدقات أن العبد يقوم كله، ويكون للمتصدق عليه نصف القيمة.

قلتُ: وفي ألفاظ المدَوَّنة في ذلك اختلاف في الجنايات وغيرها.

وفيها: من أعتق شقًا له في عبد بإذن شريكه أو بغير إذنه، وهو ملي قوم عليه حظ شريكه بقيمته يوم القضاء، وعتق عليه، وإن كان عديمًا لم يعتق عليه غير حظه وحظ الآخر رق له، وإن كان مليًا بقيمة بعض حظ شريكه؛ قوم عليه بقدر ما معه ويباع عليه في ذلك شوار بيته، والكسوة ذات البال، ولا تترك له إلا كسوته التي لا بد له منها وعيشة الأيام، وتقدم في التفليس ما يباع على المفلس وما يترك له.

ونقل الباجي هنا عن أشهب: أنما يترك له ما يواريه لصلاته، قال: وقال عبد الملك: إنما يترك له ما لا يباع على المفلس، وما ذكره الباجي عن أشهب لا أعرفه لغيره، قال: وإن كان له مدبرون أو معتقون إلى أجل، فلا قيمة في ذلك وديونه إن كانت على أملياء حضور وأمدها قريب، قوم في ذلك وإن كانت نسيئة أو أهلها غيب، فليس عليه أن يخرج عبده بالدين، قاله ابن الماجِشُون.

وفي الموازيَّة: ينظر بدينه ويمنع شريكه من البيع، ويتلوم له تلومًا لا ضرر فيه.

قلتُ: مقتضى المذهب إن ما جاز بيعه من دين له، وجب بيعه كعرض له.

وقال ابن عبد السلام: فيما وجدته في نسخة الغالب عليها الصحة.

وقال سَحنون: إن لم يكن له إلا دار وخادم، لم يجعل ذلك مالًا، والذي في الاستذكار لأبي عمر: إنما هو عزو لأبي إسحاق.

قال الباجي: ومما يعلم به يسره أن لا يكون له مال ظاهر، ويسأل عنه جيرانه ومن يعرفه، فإن لم يعلموا له مالًا حلف ولم يسجن، قاله عبد الملك في كتاب سَحنون.

قال سَحنون: قاله أصحابنا إلا اليمين، فلا يستخلف عندهم وذكره اللخمي،

وقال: هذه المسألة أصل في كل ما لم يكن أصله معاوضة أنه لا يضيق الأمر فيه كالمداينة.

وفيها: وإذا أعتق المريض شقصًا له في عبد أو نصف عبد يملك جميعه، فإن كان ماله مأمونًا عتق عليه الآن جميعه، وغرم قيمة حظ شريكه، وإن كان غير مأمون لم يعتق نصيبه، ولا نصيب شريكه إلا بعد موته، فيعتق جميعه في الثلث، ويغرم قيمة حظ شريكه، فإن لم يحمله الثلث عتق منه مبلغه ورق ما بقى، وإن عاش لزمه يعتق بقيته.

قال ابن رُشْد في ثاني مسألة من رسم العتق من سماع أشهب: من أعتق شقصًا من عبده أو من عبد بينه وبين شريكه في المرض، فلا خلاف أن ذلك من الثلث ما أعتق منه وما بقي، إن مات من ذلك المرض ولم يصح منه، واختلف في تعجيل التقويم في المرض على قولين:

أحدهما: أنه لا يعجل، ولا ينظر فيه إلا بعد الموت، وهو نص المدَوَّنة.

والثاني: أنه يعجل التقويم في المرض، وهو قائم في المدَوَّنة.

وإذا عجل على هذا القول لم ينفذ العتق حتى يصح، فيكون من رأس المال أو يموت، فتكون القيمة من الثلث ينفذ فيه ما حمل منها، ورق الباقي للورثة أو الشريك وسواء كان له مال مأمون أو لم يكن.

وقيل: إن هذا إنما يكون إن لم يكن له مال مأمون، وإن كان له مال مأمون عتق عليه في المرض جميعه إن كان له مال، وقوم عليه فيه حظ شريكه إن كان له فيه شرك، وهو أحد قولي مالك في المدَوَّنة.

وقال ابن الماجِشُون: إن أعتق شقصًا له من عبد في مرضه لم يقوم عليه حظ شريكه في المرض، ولا بعد موته من مرضه ذلك، بخلاف إن كان العبد كله له.

وقال عياض: قوله في الذي أعتق شقصه من عبده مثلًا في مرضه ذلك، بخلاف إن كان العبد قوم عليه ما بقي في ثلثه، وكان حرًا كله، إن كان له مال مأمون، ولا ينتظر به موته، وإن لم يكن له مال مأمون لم يقوم حظ صاحبه إلا بعد موته ونصيبه أيضًا؛ إنما يكون في ثلثه بعد موته، ولا يقوم عليه في مرضه، ويوقف في يد المريض.

ومن ذلك قوله: لا يقوم عليه في مرضه، كانت له أموال مأمونة أو لم تكن حتى يموت على ما نبه عليه من اختلاف قوله في العتق بجميع عبده في المرض.

وقال: إذا أعتق شقصه في مرضه فبتله قوم عليه نصيب صاحبه منه كانت له أموال مأمونة أو غير مأمونة، وظاهر كلامه أنه يقوم عليه الآن، ولا يعتق إلا بعد الموت، وعليه حمله غير واحد من شُيُوخنا، وهو نص ما في الموازيَّة.

وفيها قول رابع: أنه لا تقويم فيه في حظ الشريك في مرضه، وأنما يعتق عليه في الثلث شقصه إن مات فقط إلا أن يصح فيقوم عليه، وهو قول عبد الملك، وابن حبيب.

وفيه قول خامس حكاه ابن سَحنون: أن يخير الشريك بين التقويم وفض الثمن ويبقى كله للمعتق موقوفًا، فإن مات عتق عليه، أو ما حمل الثلث منه وما بقي لورثته وإن شاء تماسك الشريك بحظه إلى أن يموت شريكه، فيقوم في ثلثه.

وفيها: إن أعتق أحد الشريكين حظه من عبد في صحته، فلم يقوم عليه حتى مات لم يعتق منه إلا ما كان عتق، ولا يقوم على ميت وكذا لو فلس.

قال ابن رُشْد في الثانية من رسم العتق، من سماع أشهب: إن لم يعثر على ذلك حتى مات وطال، لم يعتق عليه بعد موته اتفاقًا، واختلف إن لم يطل على ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يعتق عليه، ولا يقوم عليه حظ شريكه، ولا يعتق عليه بقية عبده إن كان كله له، وهو سماع أشهب، ورواية مُطَرِّف، وابن الماجِشُون في الواضحة.

والثالث: يعتق عليه بعد الموت بقية حظه، ويقوم عليه حظ شريكه إن غافصه الموت، وأما التفليس، فلا خلاف أنه يسقط التقويم والتتميم.

قلتُ: زاد الباجي والصقلي في رواية مُطَرِّف: قال مُطَرِّف: وهو كالمتمتع يموت ولم يهد إن لم يفرط أهدي عنه من رأس ماله، وقاله ابن الماجِشُون وابن عبد الحَكم.

وفيها: ولو أوصى المريض بعتق حظه بعد الموت، لم يقوم عليه حظ صاحبه كان ماله مأمونًا أو غير مأمون.

اللخمي: ومثله لمالك في المبسوط، وحكى ابن الجلاب: أنه يستكمل في ثلثه، وإن

لم يرض بذلك، وذكرهما الباجي روايتين.

وسمع أشهب: إن أوصى بعتق نصيبه، وتقويم حظ شريكه عليه، فأبى شريكه - أنه يقوم عليه.

ابن رُشْد: يتحصل فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: يقوم عليه في ثلثه حظ شريكه، وإن لم يوص بذلك، وهو القياس على قول مالك: فيمن يعتق حظه من عبده في مرضه.

والثاني: أنه لا يقوم عليه، وإن أوصى بذلك إلا أن يشاء الشريك، وهي رواية ابن وَهْب.

والثالث: لا يقوم عليه إلا أن يوصي بذلك، وهو قول مالك في هذه الرواية.

قلتُ: وقال ابن رُشْد في أول كلامه: وقيل لا تنفذ وصيته بعتق حظ شريكه، ولا يقوم عليه إلا برضاه، فيكون قولًا رابعًا، وذكر الباجي رواية ابن وَهْب قال: قال سَحنون: لا أعرفها.

قال التونسي: لا أدري من أين أنكرها سَحنون.

ابن رُشْد: هو كما قال أبو إسحاق لما ذكر الصقلي سماع أشهب: أنه يقوم عليه، ولو أبى شريكه، قال: وقاله أَصْبَغ، قال: ولو كان ذلك في مكاتب، لم يكن له ذلك لنقل الولاء، وإن رضي شريكه حتى فرق بالعجز، فيعتق من ثلث الميت.

وسمع أشهب من أوصى فقال: ثلث غلامي هذا حر، لا يعتق منه إلا ثلثه.

ابن رُشْد: لا أعرف فيها نص خلاف، ويدخلها بالمعنى إذا قيل فيمن أعتق شقصًا في عبد له - أنه يعتق عليه بالسرايه، فيجب عليه إذا أوصى بعتق ثلث عبده أنه يعتق جميعه، إذا حمله الثلث أو ما حمل منه.

الصقلي ليحيى عن ابن القاسم: من أوصى بعتق ثلث عبده، ويعطى بقيمة ثلث ماله لا يعتق منه إلا ثلثه، ويأخذ بقية وصيته مالًا، ولا يعتق فيه بخلاف لو أوصى له بثلث ماله حتى يعتق فيه.

وفيها: إن كان الأول مليًا بقيمة بعض النصيب، قوم عليه بقدر ما معه، ورق بقية

النصيب لربه.

الصقلي عن ابن المواز: قال أشهب: إن أعتق شركًا له في عبيد بينه، وبين رجل أو رجال، وعنده ألف وقيمة حصصهم ألفان، فإن كان عتقه في كلمة واحدة عتق من نصيب واحد نصفه، وإن كان عتقه واحدًا بعد واحد، فالأول أحق بماله في التقويم ممن يليه حتى ينفد ما في يديه، ثم أبطل عتق آخرهم، وأبيعه في عتق لأول باقي هؤلاء الباقين، فإن حصله وإلا انتقل إلى بيع من يلي البيع من المتأخرين، فإن أتممت عتق من ذكرنا من بقية الأولين، وبقي من ذلك شيء، جعل ذلك في عتق من يلي هذا المعتق، فلا يزال بيع نصيب من آخر من أعتق في عتق أولهم حتى لا يبق إلا معتق أو مباع، فإن لم يبق من يباع إلا في بيع بعضه وفاء بعتق من يليه، بعت منه بقدر ذلك وأعتقت ما بقي.

قال سَحنون في كتاب ابنه: لا أقول بهذا، وأرى إن لم يكن له مال غير الأشقاص، فلا أرد عتقه في الثاني للتقويم في الأول؛ لأنه لا يجب في الأول قيمة إلا بالقيام عليه.

ولابن القاسم في العتبية: من أعتق شقصًا من عبد، فلم يقوم عليه حظ شريكه حتى أعتق عبد آخر لا شرك له فيه ولا مال غيره، لم يرد عتقه لتقويم الشقص؛ لأن القيمة ليست كالدين، ولو كان ذا مال فلم يقوم عليه حتى داين الناس، فقاموا عليه لم يحاصصهم العبد، لو تصدق بعد عتق الشقص، ووهب مضى ولم يقوم لتقويم، ولو كاتب عبدًا لم يرد الكتابة، وبيعت لتقويم الشقص، ولو أحدث تدبيرًا مع المدبر لتقويم الشقص إلا أن يكون فيه فضل، فيباع منه بقدر القيمة، ويبقى باقيه مدبرًا.

ابن رُشْد: لا خلاف أحفظه في ذلك في المذهب، ومراد ابن القاسم في الهبة والصدقة: أن ذلك فيهما بعد حوزهما، وإن كان ذلك قبل الحوز، فالجاري على المذهب عندي أن يتحاصا جميعًا؛ لأن الشريك والعبد يطلبان التقويم، والموهوب له والمتصدق عليه يطلبان الهبة والصدقة، وليس أحد الطالبين بأحق من الآخر.

وقال ابن دحون: التقويم مقدم عليها، وله وجه، وهو مراعة القول بأن للواهب والمتصدق الرجوع قبل الحوز.

قال اللخمي: اختلف إذا رضي الشريك أن يقوم مع المعسر ليستكمل العبد

العتق، فقال محمد: له ذلك وحمل الحديث في ترك الاستكمال لحق الشريك خاصة، وقال الغير في كتاب أمهات الأولاد من المدَوَّنة: ليس ذلك له، وهو أحسن.

الصقلي: وهو ظاهر قول مالك وابن القاسم.

الباجي: إن كان المعتق معسرًا، فروى محمد: لشريكه أن يقوم عليه ويتبعه، وقال ابن القاسم: ليس له ذلك، والمذهب: لا يلزم استسعاء العبد.

الشَّيخ: روى الأخوان: لا يستسعى العبد إن كان المعتق معسرًا إلا أن يطوع سيده فذلك له.

ابن شاس: وكذا لو عرض للعبد أن يعطي ماله ويعتق لم يكن له، وكذا ما استفاد من ذي قبل.

قلتُ: لأنه معتق بعضه.

وفيها مع غيرها: ليس للمعتق بعضه التصرف في ماله، وعبر عنه ابن الحاجب بقوله: ولا يلزم استسعاء العبد، ولا أن يقبل مال الغير ويعتق به.

وفيها: وإذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر فرفع إلى الإمام، فلم يقوم عليه لعسره، ثم أيسر بعد ذلك فاشترى حظ شريكه لم يعتق عليه، ولو رفع ذلك إلى الإمام فلم يقوم عليه، ولا نظر في أمره حتى أيسر لقوم عليه.

وفيها: وإن أعتق معسر شقصًا له في عبد، فلم يقوم عليه شريكه حتى أيسر، فقال مالك قديمًا: يقوم عليه، ثم قال: إن كان يوم أعتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق أنه إنما تركه القيام؛ لأنه إن خوصم لم يقوم عليه لعدمه، فلا يعتق عليه، وإن أيسر بعد ذلك، ولو كان العبد غائبًا، فلم يقوم حتى أيسر المعتق لنصيبه لقوم عليه بخلاف الحاضر، ومثله حكى الصقلي عن ابن حبيب عن الأخوين وابن القاسم وأشهب قال: وبقول مالك الأول قال ابن نافع.

وجعل ابن عبد السلام في لفظ المدَوَّنة زيادة على مطلق ثبوت عسره يوم العتق، فتعقب قول ابن الحاجب، ولو لم يحكم فأيسر ففي إثباته روايتان، ولم يتعقبه ابن هارون وهو الأظهر؛ لأن مناط ثبوت الأحكام؛ إنما المعتبر من ثبوته مطلق البينة العادلة، وإنما

شرط ذلك في المَدَوَّنة؛ لأن العسر مما يخفى ويشكل وليس الأمر فيه بأشد من عسر المدين.

وفيها: إن أعتق في يسره ثم قيم عليه في عسره، فلا شك أنه لا يقوم عليه.

قال ابن عبد السلام: وفي كتاب القذف ما يفهم منه الخلاف.

قلتُ: هذا شيء لا أعرفه فتأمله، وإنما في القذف مسألة غيره، وهي قوله: وإن أعتق أحد الشريكين في الأمة جميعها، وهو ملي فلم يؤخذ بالقيمة حتى أعدم، فإن أعلم الآخر بعتقه فتركه، ولو شاء قام عليه فأخذه بذلك، فالعتق ماض ويلزمه نصف القيمة دينًا، وإن كان غائبًا أو لم يعلم بالعتق حتى أعسر المعتق، فهو على حقه منها.

قلتُ: وهذا لا يؤخذ منه خلاف بوجهٍ لرضى الشريك بإمضاء عتق شريكه لقوله: (فإن علم) إلى قوله: (دينًا).

وفيها: من ورث شقصًا ممن يعتق عليه فلا يعتق منه إلا ما ورث، ولا يقوم عليه بقيته، وإن كان مليًا؛ لأنه لا يقدر على دفع الميراث.

الصقلي: روى محمد: إن اشترى بعض ما بقي منه بعد الذي ورث لم يعتق عليه غير ما اشترى منه.

سَحنون قال ملك وأصحابه: وكذا لو وهب له منه شقص بعد أن ورث منه شقصًا لم يعتق عليه إلا ما ورث وما وهب، إلا ابن نافع قال: إذا قبل منه شيئًا مما بقي منه قوم عليه باقيه، ولا أعلم من قال غيره.

قلتُ: وفي الجلاب: إن أعتق أحد الشريكين في العبد حظه وهو معسر، ثم أعتق الآخر بعض نصيبه، لم يكمل عليه عتق نصيبه.

وفيها: من اشترى نصف من يعتق عليه أو قبله من واهب أو متصدق عتق عليه ما ملك منه، وقوم عليه بقيته إن كان مليًا.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

وفي الولاء منها: ومن أوصى له بمن يعتق عليه إذا ملكه، والثلث يحمله عتق عليه وإن لم يقبله، وله ولاؤه ويبدى على الوصايا.

أشهب: وهو مضار في ترك قبول الوصيَّة إذا حمله الثلث.

قال مالك: فإن لم يحمل الثلث إلا بعضه، فإن قبله قوم عليه بقيته وكان الولاء له، وإن لم يقبله، فروى علي أن الوصيَّة تسقط، ومثله سمع عيسى ابن القاسم.

ابن رُشْد: تحصيلها إن لم يقبله في كون الولاء له أو لمعطيه، ثالثها: يرجع ملكًا لمعطيه أو وارثه في الوصية، ورابعها: إن كانت العطية لجميعه وحمله الثلث، **فولاؤه له** ولو لم يقبله، وإن كانت ببعضه أو عجز ثلث الموصي عن جميعه، رجع لمعطيه لمالك مع ابن القاسم، وقولها وقول عيسى، ولتخريج الكل على رواية علي في الجزء ونص روايته.

الصقلي: في كتاب الولاء روى محمد: أن ذلك الشقص يعتق ولو لم يقبله وولاؤه لسيده، ثم رجع فقال: بل للموصي له، وكذا الهبة والصدقة في الصحة به أو ببعضه، وقاله أَصْبَغ في الوصية.

وقال في الصدقة: لا يعتق إلا أن يقبله كله أو بعضه.

محمد: الصدقة والوصيَّة واحد والصدقة ببعضه آكد أنه إن قبله عتق عليه كله، وإن لم يقبله فهو حر كله على سيده.

ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: الوصيَّة والهبة سواء قبلها أو ردها لا تقوم عليه لبقيته؛ لأن ذلك الشقص يعتق بكل حال وولاؤه للمعطي؛ لأنه عليه عتق.

اللخمي: إذا أوصى له بجميعه، والثلث يحمله فلم يقبله، فقيل: هو حر ولا خيار في ذلك للموصى له.

وروى محمد: إن قبله، فهو حر.

وقال ابن القُصَّار: هو فيه بالخيار.

وفيها: من أوصى لصغير بشقص ممن يعتق عليه أو ورثه، فقبل: ذلك أبوه أو وصيه، فإنما يعتق في ذلك الشقص ولا يقوم على الصبي بقيته وإن كان مليًا، ولا على الأب الذي قبله، ولا الوصي.

ومن وهب لصغير أخًا له فقبله أبوه، جاز ذلك وعتق على الابن.

اللخمي: اختلف هل يجوز للأب أن يشتري لولده من يعتق عليه، فمنعه ابن

القاسم، وأجازه أشهب فقال: يمضي ولا ينقض ويباع ولا يؤخر بيعه خوف أن يبلغ الصبي.

وشرط التقويم ابتداء المعتق الفساد.

فيها: إن كان العبد لثلاثة نفر فأعتق أحدهم نصيبه، ثم أعتق الآخر نصبيه وهما مليان، فليس للباقي أن يضمن إلا الأول، فإن كان عديمًا فلا يقوم على الثاني، وإن كان موسرًا إذ لم **يبتدئهما**.

الصقلي عن سَحنون، وقاله، وقال جميع أصحاب مالك، إلا ابن نافع فإنه قال: يقوم على الثاني إن كان مليًا، وقال: أرأيت إن أراد المتمسك ألا يقوم ورضي بالضرر وأبى العبد أليس ذلك له.

قلتُ: وكذا **لو رضي** العبد، وفي الموازيَّة منها: ولو أن العبد بين ثلاثة فدبر أحدهم حظه ثم **أعتق الآخر وتماسك الثالث، فإن كان المعتق مليًا، قوم عليه حظ شريكه، وعتق عليه جميعه، وإن كان معسرًا فللمتمسك مقاواة** الذي دبر إلا أن يكون العتق قبل التدبير والمعتق عديم، فلا يلزم الذي دبر مقاواة التمسك إذ لو أعتق بعد عتق المقدم، لم يقوم عليه، وإن كان مليًا.

قلتُ: وهذا بناء على أن التقويم بالتدبير، وفيه خلاف **يأتي** إن شاء الله تعالى.

وفي عتقها: **إن أعتقا** جميعًا وتماسك الثالث - قوم عليهما إن كانا مليين، وإن كان أحدهما مليًا والآخر معسرًا، قوم باقيه على الموسر.

الباجي: إن اختلف قدر حصصهما، فروى محمد: يقوم عليهما بقدر ما لكل منهما.

سَحنون: وقاله ابن القاسم وأشهب.

محمد: وقال المغيرة: يقوم بينهما نصفين، وكان يقول بالأول ثم رجع.

سَحنون: وبالثاني قال عبد الملك، ورواه ابن نافع.

الصقلي: عن سَحنون وهي رواية غير معروفة.

الباجي: لو كان أحدهما معسرًا والآخر موسرًا، فقال سَحنون: أجمع مالك وأصحابه على أنه يتم عتقه على الموسر،

وروى ابن حبيب عن مالك: أنه لا يقوم عليه إلا قدر ما كان يقوم عليه وصاحبه موسر.

ابن حبيب: وهو قول جميع المصريين، ورواه سَحنون عن مالك.

وفيها: إن أعتق أحد الشريكين وهو موسر، فلم يقوم عليه حتى مات العبد عن مال، فالمال للمتمسك بالرق دون المعتق؛ لأنه يحكم له بحكم الأرقاء حتى يعتق جميعه.

الباجي: وقيل في **المبتدئ** يعتق نصيبه يعتق عليه بالسراية.

قال عبد الوهاب: وأظهر الروايتين أنه لا يعتق إلا بالحكم.

الباجي: وفي الجلاب، وقيل: يعتق بالسراية وإنه ضامن لنصيب شريكه.

وفي القذف منها: قال مالك: إن أعتق أحد الشريكين في الأمة جميعها وهو ملي لزم شريكه.

ابن القاسم: وليس لشريكه عتق حصته، ولو وطئها الآخر بعد علمه بعتق الملي لجميعها؛ حد إن لم يعذر بجهل، فإن جهل أو أعتق الشريك يلزمه لم يحد.

الصقلي عن سَحنون: بل له عتقه حصته عند كل الرواة غيره.

قال أبو محمد: على قول ابن القاسم عليه القيمة يوم العتق لا يوم الحكم، ويلزم تركته.

قال أشهب: لا يحد الشريك بحال.

قلتُ: في كون القيمة يوم الحكم أو يوم العتق، ثالثها: إن أعتق حظه فقط وإن أعتق جميعه فيوم العتق لأكثر الرواة، ورواية السراية مع نقل الجلاب، وقول ابن القاسم.

وفيها: إذا أعتق الملي شقصًا له في عبد، فليس لشريكه أن يتماسك بنصيبه أو بعتقه إلى أجل؛ إنما له أن يعتقه بتلًا أو يقوم على شريكه.

وفيها: إن أعتق أحد الشريكين حصته، وهو موسر، ثم باع الآخر نصيبه نقض البيع، وقوم على المعتق، وهي في الجنايات، ثم لفظها فيها: ومن أعتق حصته من عبد،

ثم وهب المتمسك حظه منه لرجل بعد العتق جاز، وكان التقويم للموهوب له بخلاف البيع؛ لأنه في البيع باع نصفه بعين أو عرض على أن يأخذ مبتاعه قيمة مجهولة.

وفي عتقها الأول: إن ابتعت أنت وأجنبي أباك في صفقة؛ جاز البيع، وعتق عليك وضمنت للأجنبي قيمة نصيبه.

ابن العطار: أجاز أن يشتري أباه مع أجنبي، ومنع أن يبيع حصته بعد عتق شريكه حظه إذا كان المشتري؛ إنما يشتري قيمته، والفرق بينهما أن الذي أعتق حصته ثم باع شريكه قد باع بعد أن وجبت له القيمة، والذي اشترى مع الرجل أباه القيمة أنما تجب بالشراء؛ وإنما تقدر القيمة بعد الشراء.

الصقلي عن محمد: قال أشهب: إن لم يرد بيع المتمسك حتى أيسر المعتق لم يرد البيع إذا أعسر؛ لأن المبتاع اشترى نصفًا، وجب فيه التقويم، فاشترى قيمة مجهولة.

محمد: فإن فات بيع العبد ولو بنقص سوق لزم مشتريه قيمة النصف يوم قبضه، ثم يكون لمشتريه تقويمه على المعتق على ما هو عليه من زيادة أو نقص، وإن لم يكن على المبتاع لعتق نصفه، فالبيع صحيح وهذا عيب له الرد به إلا أن يفوت بعيب مفسد فله رده مع ما نقصه، وقوم لبائعه وأما حبسه ورجع بقيمة العيب، ثم قومه على المعتق وإن فات ذلك بعد عدم المعتق فإن لم يكن اشتراك على أنه يقوم، فلا حجة له إلا أن يقول لم أعلم أن نصفه حر فله الرد.

وقال الطرطوشي: مقتضى نفوذ عتق المتمسك جواز بيعه، ويرد بما تقدم من ملزومية البيع الغرر، وملزومية المشهور في كون عتقه موقوفًا على الحكم به لكون أحكامه قبل العتق أحكام العبيد ضرورة.

وفيها: إن أعتق نصيبه في يسره، فقال شريكه: أنا أقوم عليه نصفي، ثم قال بعد ذلك: أنا أعتق لم يكن له إلا التقويم.

الصقلي: قال ابن حبيب: إن رجع بعد إبايته قبل التقويم على الأول، فذلك له ما لم يقوم، وقاله ابن الماجِشُون ورواه ابن القاسم وابن وَهْب.

ابن سَحنون: قال أشهب: إن أعتق الشريك وهو موسر، فقال شريكه: أنا أقوم

عليه ولا أعتق، فلما قام عليه وجده عديمًا عتق العبد على الأول، وتبعه هذا بالقيمة في ذمته؛ لأنه ضمنه في وقت له تضمينه كمن أعتق وعليه دين وعنده وفاء به.

ابن القاسم: له أن يرجع إلى نصف العبد فيأخذه، وعورض قولها: ليس له إلا التقويم بقولها في كتاب الحج: إن قال أحكموا علي بكذا ثم رجع، فله ذلك وأجيب بتعيين ذي الحق في العتق وعدمه في الحج والطالب المعين أقوى.

وقول ابن الحاجب: ولو اشترى الحصة شراء فاسدًا، وأعتقها مشتريها قبل فسخه أو شرائها من حلف بحريته شراء فاسدًا أو شراء من أعتق حظه حظ شريكه شراء فاسدًا وأعتقه احتمال.

وفيها: لابن القاسم إن أعتق مسلم حظه من عبد مسلم أو كافر بينه وبين ذمي قوم عليه، وإن أعتق نصراني حظه من مسلم بينه وبين مسلم قوم عليه.

ابن حارث اتفاقًا فيهما: وإن أعتق نصراني حظه من نصراني بينه وبين مسلم، ففي تقويمه عليه قولان فيها لغير ابن القاسم وله والغير أشهب.

الباجي: إن كان العبد مسلمًا لنصرانيين فأعتق أحدهما حظه قوم عليه.

قال عبد الوهاب: وبه قال ابن الجلاب، وحكي عن المذهب نفي التقويم.

قلتُ: ذكرهما ابن شاس روايتين.

اللخمي: إن أعتق نصراني حظه من عبد بينه وبين مسلم ففي تقويمه عليه ولغوه، ثالثها: إن كان العبد مسلمًا لغير ابن القاسم، ورواية المختصر وابن القاسم.

قلتُ: قول ابن حارث: والغير أشهب خلاف نقل الباجي: إن أعتق نصراني حظه من نصراني بينه وبين مسلم، فقال ابن القاسم: لا يقوم عليه.

وقاله أشهب ولسَحنون وقال غيره: يقوم عليه ورواه ابن حبيب عن الأخوين.

اللخمي: لأشهب في نصراني اشترى ابنه المسلم يعتق عليه، ولو كان نصرانيًا لم يعتق عليه، وعلى قول مالك لا يعتق، وإن كان مسلمًا؛ لأنه غير مخاطب بالشرع كالاستكمال.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: عتق العبد جزءًا من عبد بينه وبين حر بإذن ربه أو

بإجازته كعتق ربه إياه يقوم عليه في جميع ماله.

الباجي لابن سَحنون: عنه يستوعب فيه مال السيد، وإن احتيج إلى رقبة العبد بيعت.

وفيها: إن أعتق أحد الشريكين حظه من العبد إلى أجل قوم عليه الآن، ولم يعتق حتى الأجل، وقال غيره إن شاء تعجل القيمة وأخرها.

ابن القاسم: وإن مات العبد عن مال قبل التقويم أو قتل، فقيمته وما ترك بينهما؛ لأن العتق لم يتم.

وذكر الباجي عن كتاب ابن سَحنون قال مالك والمغيرة وابن القاسم: يقوم عليه الآن ليعتق إلى أجل.

قال سَحنون: وقاله آخرون إن شاء المتمسك قوم عليه وإن تماسك وليس له بيعه قبل الأجل إلا من المعتق، فإذا تم الأجل قوم على المعتق بقيمته يوم التقويم، وقاله عبد الملك.

الصقلي: رواه أَصْبَغ عن ابن القاسم وأشهب مثل قول ابن القاسم في المدَوَّنة وقال: إلا أن يكون الأجل بعيدًا جدًا فيؤخر التقويم إلى حلوله، ولو قال قائل: يؤخر إلى الأجل في الوجهين لم أعبه، وقاله أَصْبَغ.

ابن حبيب: وروى الأخوان مثل قول الغير، وقاله المغيرة، وبه أقول، وكذا لابن سَحنون عن عبد الملك: ولا يبيعه قبل الأجل إلا من شريكه، فإن تم الأجل قوم عليه إن كان مليًا بقيمته يومئذ أو فيما هو ملي به يومئذ ما لم يكن تافهًا.

قال عبد الملك: ولو شاء التقويم عليه يوم العتق فألفاه عديمًا، لم يقطع ذلك التقويم عليه عند الأجل، ولا يباح للشريك بيع حصته قبل الأجل.

وقال المغيرة وسَحنون: عدمه اليوم يقطع التقويم عليه بعد ذلك إن أيسر، ويباح للشريك بيع حصته، وقاله ابن حبيب عن مُطَرِّف.

وسمع عيسى ابن القاسم في رسم العشور من كتاب الخدمة: فيمن أعتق حظه من عبد إلى سنة، وأعتق الآخر بتلًا؛ أن بعض أهل العلم قال: تقوم خدمته سنة فتؤخذ من

المعتق بتلًا فتدفع إلى الآخر، ويكون العبد حرًا الساعة.

قيل: ألا يكون على حاله يعتق نصفه بتلًا، ويكون الآخر عتيقًا بعد السنة، قال: كنا نقول هذا ثم استحسنًا هذا الآخر، ثم رجع ابن القاسم عن هذا فقال: أحسن ما فيه أن يكون على حاله؛ لأنه ظلم أن نأخذ منه قيمة السنة، ويكون ولاؤه لغيره.

ابن رُشْد: القول الذي كان يقوله أولًا ثم رجع إليه آخرًا، وهو المشهور في المذهب المنصوص عليه في المدَوَّنة، وفي غير ما موضع من كتاب العتق من العتيبة، وهو الأظهر؛ لأن الأول هو الذي ابتدأ الفساد، فلا يقوم على الثاني، وقد بين هو الحجة في ذلك.

قلتُ: قال الصقلي عن سَحنون: وبه قال جميع أصحابنا، ولما ذكر ابن عبد السلام هذه المسألة قال ما نصه: يعني أن الأول يدفع للثاني قيمة حظه معجلًا، ويدفع الثاني للأول قيمة الخدمة فيتقاصان، فلو جعل ذلك لكان كالمتناقض ولا تناقض فيه فتأمله.

نعم قد تكون فيه قيمة الخدمة في الأجل مساوية لقيمة حظه من الرقبة فأكثر وفي ذلك إتلاف لمال المعجل.

قلتُ: وهذا كلام لا يفهم من الرواية بوجه، وما في الرواية واضح أجنبي عن هذا الكلام فتأمله.

الصقلي عن محمد: قال أشهب: لو أعتقاه معًا إلى أجل أو واحد بعد واحد، ثم بتل أحدهما، فلا يقوم عليه؛ لأنه وضع خدمة، وكذا لابن حبيب عن مُطَرِّف قال: فإن مات العبد قبل السنة فماله لمن بقيت له فيه الخدمة.

قال ابن سَحنون عنه: ولو أعتق الأول حظه إلى سنة، ثم أعتق الآخر إلى ستة أشهر، فلا تقوم ويكون كما أعتقاه إذا مضت ستة أشهر عتق نصفه، ولا تقويم للمعتق إلى سنة ويكون إليها حرًا.

ابن حبيب: وهو كما لو أعتق الأول معجلًا والثاني إلى سنة.

ابن المواز عن ابن القاسم: ومن أعتق عبده إلى سنة فاستخدمه بعضها، ثم قال: نصفه حر الساعة، لم يعتق عليه جميعه.

محمد: إن أعتق أحد الشريكين إلى سنة ثم أعتق الثاني بعد موت فلان، فإن مات قبل السنة عتق حظ الثاني، ولا يقوم عليه حظ صاحبه، وإن حلت السنة قبل موت فلان عتق حظه وقوم عليه حظ الثاني إن كان الأول صحيحًا فمن رأس ماله، وإن كان مريضًا ففي ثلثه، وأما حظه فمن رأس ماله، فإن مات الأول قبل السنة عتق حظه عند السنة من رأس ماله قاله أَصْبَغ: وإن أعتق أحدهما حظه إلى موت أبيه، ثم أعتق الثاني حظه إلى موت أبي نفسه، فإن مات أبو الأول أولًا قوم عليه حظ الثاني؛ يريد: إلا أن يعتق الثاني حظه بتلًا فإن مات أبو الثاني أولًا لم يقوم عليه شيء.

وفيها: إن أعتق الملي شقصًا له في عبد وأعتق شريكه حصته إلى أجل أو دبر أو كاتب، رد إلى التقويم إلا أن يبتله.

قال غيره: إن أعتق الثاني إلى أجل فقد ترك التقويم، ويعجل عليه العتق الذي ألزمه نفسه واستثنى من الرق ما ليس له.

وعزا الباجي قول الغير إلى عبد الملك وابن سَحنون عن المغيرة: وإن دبر أحد الشريكين في عبد حظه منه، فقال اللخمي: قال مالك: مرة يدبر أو يقوم كالعتق، ومرة يخير في الأمرين في مقاواة شريكه، ومرة يخير في الثلاثة، وفي إمساك حظه قال: والمقاواة جنوح لجواز بيع المدبر.

في عتقها الأول: إن دبر بغير إذن شريكه قوم عليه حظ شريكه، ولا يتقاويانه وكانت المقاواة عند مالك ضعيفة، ولكنها شيء جرت به في كتبه.

الصقلي في كتاب المدبر لابن حبيب عن الأخوين: من دبر حظه بإذن شريكه أو بغير إذنه ليس لشريكه الرضى بذلك والتماسك بحظه، ولا بد من المقاواة وأخذ به ابن حبيب، وكذا روى محمد عن أشهب عن مالك: وإن كان الذي دبر عديمًا تقاوياه فإن وقع عليه بيع حظ صاحبه، ولا يباع من نصيبه الذي دبر شيء.

وقال ابن القاسم: لا مقاواة فيه.

الصقلي: فما عجز منه اتبع به.

وقال سَحنون في العتبية: إن دبر أحدهما ولا مال له فاختلف فيه، وقولي: إن

تدبيره باطل إن لم يرضى شريكه وصفة تقويم حظ المتمسك أن يقوم كل العبد، ويأخذ المتمسك من جميع قيمته على الجزء المتمسك من جميع قيمة الجزء الذي له في العبد، قاله أبو عمران آخر كتاب العتق الأول، زاد ابن شاس عنه، وهو الذي اتفق عليه أصحابنا قال: وقيل: يقوم نصفه على أن نصفه الآخر حر، وليس بالجيد.

قلتُ: وهو ظاهر بعض ما في المَدَوَّنة في ذلك قولها: إن ابتعت أنت وأجنبي أباك في صفقة جاز البيع، وعتق عليك، وضمنت للأجنبي قيمة نصيبه.

وذكر اللخمي الأول عن محمد وعقبه بقوله: وإن أعتق بإذن شريكه، فله قيمته يوم الحكم على أن نصفه حر، ولا شيء له إن كان معسرًا، وإن تأخر التكميل حتى نقص سوقه كإن للمتمسك قيمة عبد العتق يوم العتق، وله قيمة النصف معيبًا يوم الحكم، وإن مات العبد قبل التكميل وقال الشريك: أقوم ولا أعتق أو كان يعتق معسرًا أتبع المعتق بقيمة العبد في ذمته.

الباجي في الموازيَّة: يقوم بما أفاد بعد عتق جزئه من مال أو ولد من أمته، ولو كانت أمة قومت بمالها وولدها.

وسمع ابن القاسم: في العبد الزارع إن قوم بالفسطاط كانت قيمة له أقل قوم بها ولم ينقل للفسطاط.

الباجي: لو ادعى المعتق عيبًا بالعبد وأنكره شريكه، ففي وجوب حلفه ثاني قولي ابن القاسم مع أَصْبَغ وابن حبيب وأول قوليه: فإن قام عدلين أو عدلًا بعينه فواضح، وإن أقام به غير عدل ففي لغوه وحلف الشريك، قولا محمد وأشهب مع ابن عبد الحَكم، روى مسلم بسنده إلى أبي هريرة ﭬ قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يجزئ ولد والده إلا أن يجد مملوكا يشتريه فيعتقه**»[1]، وعن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «**من ملك ذا رحم محرم عتق عليه**» أخرجه النسائي وابن ماجة من حديث

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (1510) في العتق، باب فضل عتق الوالد، وأبو داود: رقم (5137) في الأدب، باب بر الوالدين، والترمذي: رقم (1907) في البر والصلة، باب ما جاء في حق الوالدين، وأخرجه ابن ماجة: رقم (3659) في الأدب، باب بر الوالدين.

ضمرة[1].

قال الشَّيخ تقي الدين ابن دقيق العيد: وقد خطأ فيه، ولم يتلفت لذلك لكون ضمرة ثقة لا يضر انفراده به.

وفي قصر عتق القرابة على من له على المعتق ولادة من ذكر أو أنثى وعكسه فقط مع الأخ مطلقًا، ثالثها: يعتق عليه كل رحم محرم.

للخمي عن رواية ابن خويزمنداد، وهذا المشهور رواية ابن القطار مع ابن الماجِشُون وابن وَهْب، وخرج اللخمي الأول من قوله في كتاب المكاتب: من اشترى أباه بإذن بسيده دخل معه في كتابته، وإن اشترى معه أخاه بإذنه لم يدخل، ويرد بأن ملك الحر أقوى من ملك المكاتب، ويجب عتقه بنفس ملكه.

قال ابن رُشْد والجلاب: عن المذهب.

اللخمي ورواه محمد وأختار اللخمي وقفه في الإخوة فمن بعدهم على الحكم قال: وعلى وقفه على الحكم يتخرج جواز انتفاع ماله قبل الحكم عليه، من قول ابن نافع لسيد المعتق إلى أجل انتزاع ماله، وإن شاء رق العتق، ويرد بأن بقية الأجل في المعتق إلى أجل واجبة، وفي المؤخر عتقه غير واجبة؛ بل الواجب التعجيل.

وفي وصاياها الأول: ومن اشترى ابنه في مرضه جاز إن حمله الثلث، وعتق وورث باقي المال إن انفرد، وحصته مع غيره، ومثله سمع أشهب ابن رُشْد، وقاله ابن القاسم: في كل من يعتق عليه ولو تلف بقيمة ماله لم ينتقض عتقه، قال: لأنه لو لم ينظر فيه إلا بعد الموت ما ورثه، ولو لم يحمله الثلث عتق محمله منه، ولأَصْبَغ لا يرث لأنه لا يعتق إلا بعد الموت ولا شك مثله.

ولمحمد: أنه اختلف قوله، وقال: له شراؤه بكل ماله إن لم يكن له وارث غيره، وبالثلث إن كان له.

---

(1) أخرجه ابن ماجه: رقم (2525) كتاب العتق باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر، والنسائي في الكبرى: رقم (21208)، كتاب العتق باب من يعتق بالملك.

ولابن وَهْب: إن كان له وارث يحجبه المشتري؛ فله شراؤه بكل ماله وإن كان لا يحجبه فيه الثلث ولا يرث منه شيئًا.

ولابن الماجِشُون: يجوز شراؤه ابنه بكل ماله ويرثه لا غيره، ولو كان أبًا إلا بثلثه ولا يرثه كالاستحقاق، وهذا أعدل الأقوال.

وقول ابن الحاجب: إن أوصى له بقريب وما بينه تقدم.

وفيها: قال مالك: ومن ابتاع أباه وعليه دين يغترقه لم يعتق عليه، وإن اشتراه وليس عنده إلا بعض ثمنه رد البيع.

وقال ابن القاسم: يباع منه ببقية الثمن ويعتق ما بقي.

قال غيره: لا يجوز أن يملك أباه إلا إلى عتق، فإذا كان عليه دين يرده صار خلاف السنة أن يملكه فيباع عن دينه ويقضي عن ذمة نماه.

الصقلي عن محمد: قول ابن القاسم هو القياس على أصل مذهب مالك.

وقال ابن إسحاق: وعلى قول الغير لا ينعقد فيه بيع، وإنه لو مات بعد البيع كانت مصيبته من البائع، وفي هذا نظر لإمكان أن يجيز الغرماء عتقه.

وقال القابسي: ينقض البيع في المسألتين على مذهب مالك، وليس بشيء والصواب عدم نقضه في الأولى لأخذ البائع ثمنه، وفي الثانية لم يقبض جميع ثمنه إذ لو بيع في بقية الثمن لدخل عليه غرماء إن كانوا.

محمد: من ورث أباه أو تصدق به عليه أو وهبه.

فقال أشهب: هو حر ولا يباع للدين.

وقال ابن القاسم: يباع لهم في الإرث فقط لأن المعطي يقول إنما أعطيته للعتق.

الصقلي: يريد ولو لم يعلم المعطي أنه ممن يعتق عليه لبيع في الدين.

والمذهب: وجوب العتق بتمثيل السيد في رق له.

فيها: من مثل بعبده أو بأم ولده أو بمدبره، أو بعبد لعبده، أو بمدبره أو بأم ولده عتقوا عليه.

وفي شرط المثلة بمطلق العمد للضرب أو به مع قصد المثلة قولان لظاهرها مع

غيرها لقولها: إن كوى عبده تداويًا أو أصابه على وجه الأدب من كسر أو قطع جارحة فلا يعتق؛ وإنما يعتق بما تعمد به.

ونقل اللخمي عن عيسى بن دينار: لا يكون مثلة بضربة أو رمية، وإن تعمد ذلك إلا أن يتعمد المثلة، يضجعه ليمثل به، وهذا صحيح لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله.

ولابن سَحنون عنه: من ضرب رأس عبده فنزل الماء في عينه لم يعتق عليه.

وفيها: من مثل بعبد ابنه الصغير عتق عليه إن كان مليًا وغرم قيمته ومفهومه أن الكبير كالأجنبي، وقاله اللخمي عن المذهب: إلا أن يكون سفيهًا في ولايته فهو كالصغير وليس قول ابن القاسم في الصغير بالبين وليس كعتقه عبده؛ لأنه في عتقه ملتزم لقيمته، وليس تعديه بالمثلة رضي بعتقه.

اللخمي: من مثل بمعتقه لأجل أو بأم ولده عتقا عليه، وكذا مدبره إن مثل به في صحته، ويختلف إن مثل به في مرضه، فعلى قول أشهب: يعتق من رأس ماله وعتقه بالمثلة آكد من التدبير ولا مقال لغرمائه ولا لورثته، وعلى قول ابن القاسم: لا يعتق إن كان مديانًا إلا أن يكون له مال مأمون، وإن مثل بعبد عبده أو بعبد معتقه لأجل قبل قربه أو بعبد مدبره أو أم ولده في صحته عتق عليه؛ لأن له انتزاع أموالهم، فإن كان قرب أجل المعتق لأجل كان كعبد أجنبي.

على قول مالك وابن القاسم، وعلى قول ابن نافع: يعتق كعبد نفسه لإجازته انتزاع ماله ما لم يعتق، وكذا عبد مدبره وأم ولده إن كانت المثلة في مرضه؛ لأنهما عند مالك وابن القاسم كعبد أجنبي.

وعلى قول ابن نافع: كعبد نفسه ويختلف هل يعتقان من رأس المال أو من الثلث.

وفيها: من مثل بعبد مكاتبه لم يعتق عليه، وكان عليه ما نقصه إلا أن يكون مثله مفسدة فيضمنه ويعتق عليه، وكذا عبد زوجته ومثله في غصبها من عبد الأجنبي.

ولما ذكر اللخمي قولها في عبد الأجنبي قال: وقيل: يخير السيد في تماسكه بعبده مع الرجوع بقيمة العيب وإن اختار تضمينه عتق عليه، وقيل: لا يعتق عليه وإن صار

العبد إليه؛ لأن الحديث إنما جاء فيمن مثل بعبده وهذا أصوب.

قلتُ: حديث العتق بها لا أعرفه إلا من نقل اللخمي، وأبي عمر قال إثر عزوه للشافعي وأبي حنيفة: لا عتق بها، وحجة مالك إن زنباعا أبا روح زنباع وجد غلامًا له مع جارية فقطع ذكره وجذع أنفه، فأتى العبد النبي ﷺ فذكر له ذلك، فقال له النبي ﷺ: **ما حملك على ما فعلت؟** قال: فعل كذا وكذا، فقال ﷺ: «**اعتقه، اذهب فأنت حر**»[1]، وذكره اللخمي من حديث عمرو بن العاص، ولم يعزه لكتاب الحديث، وفيه: وجده يقبل جاريته، واسم العبد سندر، فأعتقه النبي ﷺ، وقال: **من مثل بعبده أو أحرقه بالنار فهو حر وهو مولى الله ورسوله**»[2] وذكر عبد الحق في كتاب الديات: أبو داود عن سوار أبي حمزة، وكان ثقة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: جاء رجل يستصرخ إلى النبي ﷺ، فقال: «**ويحك مالك؟**» قال شر أبصر لسيده جارية له فغار فجب مذاكيره، فقال رسول الله ﷺ: «**علي بالرجل**» فطلب فلم يقدر عليه، فقال رسول الله ﷺ: «**اذهب فأنت حر**» فقال يارسول الله على من نصرتي؟ قال: «**على كل مؤمن**» أو قال: «**كل مسلم**»[3] أبو داود: الذي عتق، اسمه: روح بن دينار والذي فيه زمباع.

قلتُ: ظاهره أنه لم يحضر النبي ﷺ، خلاف ما تقدم لأبي عمر عبد الحق، وللبزار عن أبي البيلماني، وهو ضعيف عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «**من مثل بمملوكه فهو حر وهو مولى لله ورسوله**»، ونحوه في حديث ابن عباس من حديث عمرو بن عيسى الأسدي وهو مجهول وذكره العقيلي.

وفي اعتبار تمثيل السفيه كالرشيد ولغوه قولان للخمي عن أشهب، وابن حبيب عن ابن القاسم، وفي الموازيَّة لابن القاسم القولان، والذي ثبت عليه: لغوه وفعل

(1) أخرجه أحمد: 2/182- رقم (6710)، وأبو داود: رقم (4519) في الديات، باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه، وابن ماجه: رقم (2680) في الديات، باب من نكل بعبده فهو حر.

(2) أخرجه أحمد: 2/225- رقم (7096).

(3) أخرجه أبو داود: رقم (4519) في الديات، باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه.

الصبي والمجنون لغو لأنه كالخطأ.

اللخمي: وفي تبعية مال المعتق بها له قولان لأصل أشهب: هو حر بنفس المثلة مع قول مالك كالمشرف على العتق.

وقال ابن نافع: له انتزاعه قبل عتقه.

الصقلي لمحمد: لا شك أن أشهب يقول بتبعيته لرواية في عتق السفيه لأم ولده، ثم قال: لا يعتق وفي معتق السفيه بالمثلة قول ابن القاسم: لا يتبعه ماله، وقول ابن وَهْب: يتبعه، وتمثيل الذمي بعبده المسلم بعتقه، وفي النصراني قولان للصقلي عن أشهب وابن القاسم.

وفي كون تمثيل ذات الزوج كابتداء عتقها ولزوم عتقها به ولو كره الزوج نقلا اللخمي عن ابن حبيب، والتخريج على أصل أشهب، وعزا الصقلي الأول لابن القاسم مع أَصْبَغ، والثاني لنص أشهب قال ابن حبيب: وبه أقول.

وفي لغو تمثيل الذمي بعبده، والعبد بعبده، واعتباره نقلا اللخمي عن ابن حبيب عن ابن القاسم ومحمد عن أشهب؛ لأنها منهما جناية، وعزا الصقلي الأول لابن حبيب عن ابن القاسم وأَصْبَغ وقال بقول أشهب.

والمثلة: في الجلاب أن يؤثر أثرًا فاحشًا في جسده قاصدًا لفعله؟

وفيها: قطع الأنملة مثلة.

الصقلي: لابن حبيب عن الأخوين: إن قطع ظفره أو ضرسه أو سنه عتق عليه، وقاله ابن القاسم.

وقال أَصْبَغ: ليس في الضرس والسن الواحدة مثلة، إلا في جل الأسنان أو الأضراس.

وقال اللخمي: قول ابن حبيب: إذا ذهب ظفره عتق عليه ليس بحسن.

أَصْبَغ: من كتب في وجه عبده أو جبهته أنه أبق عتق عليه، وقاله ابن وهب وأشهب.

أَصْبَغ: لو فعل ذلك في ذراعيه أو باطن جسده لم يعتق عليه.

وابن وَهْب: من عرف بالإباق فوسم سيده في وجهه عبد فلان عتق عليه، وكذا لو فعله بمداد وإبرة عتق عليه.

وقال أشهب: لا يعتق عليه.

ابن رُشْد في كتاب السلطان: روى ابن الماجِشُون: حلق رأس العبد النبيل والأمة الرفيعة مثلة لا في غيرهما والحرق بالنار ليس بمثلة إلا أن يتفاحش منظره، قاله في المدَوَّنة.

ابن الحاجب: وشق الأذن شين.

قال ابن عبد السلام: وأما شق الأذن فلم أره لغير المؤلف.

وروى محمد: إن قطع طرف أذنه أو بعض جسده عتق عليه.

وقال ابن شاس: من شرف أذنه، وهو قريب مما في الرواية، ولعل ما ذكره المؤلف تصحيف من كلام ابن شاس.

قلتُ: للصقلي مثل ما نقل ابن الحاجب قال ما نصه.

قال ابن حبيب عن مُطَرِّف وابن الماجِشُون: لو خزم أنف عبده أو شرك أذنه عتق عليه.

اللخمي: إن لم تكن المثلة بينة لم يعتق إلا بحكم.

وفي كون البينة كذلك قولا مالك مع ابن القاسم قائلا في الدمياطية لو قطع أذنيه ولسانه ويديه ورجليه، ثم مات قبل الحكم بعتقه؛ ورثه سيده بالرق.

وأشهب في الموازيَّة لقوله: من مثل بعبده مثلة بينة، فهو حر حين مثل به بغير سلطان، والأول أحسن لاختلاف الناس في ذلك.

وذكر الصقلي الأول من رواية محمد قال: وقال أشهب بالمثلة صار حرًا، وإن مات سيده قبل العلم به، فهو حر من رأس ماله.

وقال ابن عبد الحَكم: أما المثلة المشهورة التي لا شك فيها، فهو حر بغير قضية، وأما مثلة شك فيها فلا يعتق إلا بحكم.

قلتُ: إن جعلنا المشهورة أخص من البينة، وما شك فيه يصدق على البينة اتفقًا

نقلا اللخمي والصقلي وإلا اختلفا فتأمله.

وقول ابن الحاجب: لو اختلفا أنه عمد، فقول السيد على الأصح تقدم الكلام فيه في فصل تأديب الأب ابنه، لذكرها ابن عبد السلام هناك، وذكرها اللخمي هنا كابن الحاجب.

[باب القرعة في العتق]

القرعة: هنا لقب لتعبير مبهم في العتق لم يخرج اسمه له من مختلط به بإخراج يمتنع فيه قصد عينه[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قال ﷺ: القرعة هنا لقب لتعيين مبهم في العتق له بخروج اسمه له من مختلط به، بإخراج يمتنع فيه قصد عينه القرعة والإسهام؛ بمعنى واحد، وهي مخصوصة بأبواب معلومة، وقد قال بها مالك، وخالف فيها أهل العراق، ووقع في مذهبنا ما يوافقهم للمغيرة وغيره، وهي جائزة في العتق؛ ولذا قال في رسمها القرعة هنا أشار به إلى باب العتق، والقرعة مطلقة ومقيدة، فعرف القرعة في العتق لا في غيره، وتقدم في القسمة ما يناسبه.

قوله: (لقب) أطلق أيضًا اللقب، ولم يقل تعيين سهم، ولو قال: في المحدود قرعة العتق، بالإضافة لناسب ذكر اللقب على ما قدمناه في مواضع منه، وهو المراد هنا وربما يورد عليه، ويقال: هلا قال قرعة العتق، ويجاب بأن قوله القرعة هنا يقوم مقامه باختصار في لفظه، فناسب اللقب لما كانت القرعة في المعنى مضافة إلى العتق، لقوله هنا.

قوله: (لتعيين مبهم) هذا يعم التعيين هنا، والتعيين في القسمة وغيرها، والسهم هو الحظ.

قوله: (في العتق) معناه في تنفيذ العتق.

قوله: (له) يتعلق بالتعيين، واللام للعلة، أخرج بذلك تعين السهم في القسمة في الملك، وأخرج بقوله له إذا عين السهم في العتق، لا للعتق؛ بل للإشهاد عليه أو لمعرفته بتعيينه.

قوله: (يخرج اسمه له) أخرج به ما إذا عين عبدًا في عبيد بعتقه باختياره له وعتقه؛ فإنه لم يتعين للعتق بخروج اسم ذلك المبهم من مختلط؛ بل وقع تعيين عتقه باختياره للعتق، والضمير في اسمه يعود على المبهم.

وقوله: (له) يعود على العتق أي: بخروج اسمه للعتق، أخرج به ما إذا خرج اسمه لغير العتق.

قوله: (من مختلط) يتعلق بخروج وبه يتعلق بمختلط وضمير به يعود على المبهم.

قوله: (بإخراج) صفة لخروج، أشار بذلك إلى أن خروج اسمه بالعتق يكون بإخراج يمتنع فيه قصد

روى مسلم بسنده عن عمران بن حصين: أن رجلًا أعتق ستة مملوكين عند موته لم يكن له غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم، ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال له قولًا شديدًا(1).

العين، وإن قصد العين بذلك فلا يمكن؛ بل لا يكون إلا على إخراج لا يمكن فيه قصد العين، وأخرج بذلك إذا كانت عنده عبيد كثيرة، ولهم أسماء متحدة، ثم أخرج اسمًا منها للعتق، وأضاف له ما يميزه فإن ذلك ليس بقرعة، وطريق العمل في ذلك: أن من أعتق خمسة مماليك مثلًا في مرضه وأوصى بالعتق، ولم يملك غيرهم؛ فإنما يعتق ثلثهم، وكل عبد يطلب ما يعتق منه، فكل مبهم في العتق؛ فيقع التعيين للمعتق، فإذا قوم الأول بخمسة، والثاني كذلك، والثالث بعشرين، والرابع بستة، والخامس بأربعة وعشرين؛ فالمجموع من القيم ستون، وثلث الجميع عشرون؛ وهو الذي يلزم عتقه شرعًا من العبيد.

فقد يصادف ذلك الثلث قيمة العبد؛ فهو المعتق وحده، وقد يصادف أقل من الثلث؛ فيكمل، أو أكثر فيعتق بقدره، ثم يكتب على الأول اسمه وقيمته، وكل واحد كذلك إلى آخرهم، ويجعل كل واحد في رقعة وتخلط الرقاع، ثم يقال لبعض من لم يحضر: ارفع منها رقعة، فإذا رفعها فتحت؛ فإن وجد اسم العبد الذي قيمته عشرون عتق وحده، وإن وجد الذي قيمته خمسة أعيد العمل في الباقي؛ فإن خرج خمسة أيضًا عتق عبدان، ثم أعيد العمل، فإن وجد صاحب الستة أعيد العمل، فإن وجد صاحب الأربعة والعشرين عتق منه مقدار أربعة أجزاء، وملك الباقي، فيخرج في الثلث على هذا ثلاثة أعبد وسدس عبد، ويخرج في الأول عبد واحد، والباقي مملوك.

وأما إن خرج في العمل ما قيمته أربعة وعشرون أولًا؛ عتق منه العشرون وملك السدس، وباقي العبيد مماليك؛ هذا طريق العمل، وهو سبب التعيين المذكور في الحد.

(فإن قلت): الظرف الأول في قوله له، والثاني في قوله له، والثالث في قوله به، أي شيء أخرج بهم، وعلى من يعود كل واحد.

(قلت): الأول يتعلق بالتعيين، ويعود ضميره على العتق، وأخرج به تعيين مبهم لغير العتق، والثاني يعود على العتق، ويتعلق بخروج وضمير به يعود على المبهم، والتعلق بمختلط، والله أعلم وبه التوفيق.

(فإن قلت): إذا قال أثلاث عبيدي أحرار، أو أنصافهم أحرار، هل تدخل القرعة ذلك.

(قلت): قال ابن الحاجب: فلو قال: الثلث من عبيدي أحرار؛ عتق ولا قرعة، وقبله شارحه، ووقع مثله في المدَوَّنة، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

(1) أخرجه مسلم: رقم (1668) في الأيمان، باب من أعتق شركًا له في عبد، والموطأ: 2/774 في

قال عبد الحق: هو والله أعلم ما ذكره النسائي في الحديث أنه ﷺ قال فيه: **«لقد هممت أنس لا أصلي عليه»**[1].

وفي عتقها الأول: من أوصى بعتق عبيده أو بتل عتقهم في مرضه ثم مات عتق جميعهم حملهم الثلث، وإن لم يحملهم عتق منهم مبلغهم بالسهم، وإن قال: ثلث رقيقي أحرار أو نصفهم أو ثلثاهم عتق ما سمى بالقرعة إن حمله الثلث، أو ما حمل الثلث مما سمي.

أبو عمر: لم يختلف قول مالك وأصحابه فيمن أوصى بعتق عبيده في مرضه ولا مال له غيرهم، أنه يقرع بينهم فيعتق ثلثهم بالسهم، ولم يختلف أكثرهم أن هذا حكم من أعتق عبيده في مرضه بتلًا ولا مال له غيرهم.

وقال أشهب وأَصْبَغ: إنما القرعة في الوصيَّة لا في البتل.

الباجي :وقاله أبو زيد قال: وإذا قلنا بالقرعة في العتق، فقال ابن نافع: لا يسهم في العتق إذا كان للمالك مال غيرهم.

قال ابن مزين: وسمعت مُطَرِّفا يقول مثله، وقال: وهو الذي لا نعرف غيره ورواه محمد عن ابن القاسم، ولابن حبيب عن الأخوين يسهم بينهم كان له مال أو لم يكن، وقاله مالك وسَحنون.

الصقلي: وقال المغيرة: إنما القرعة فيمن أعتق عبيده عند موته، ولا مال له غيرهم للحديث، وليس هذا مما يقاس عليه.

قال سَحنون: ضارع المغيرة قول العراقيين، ولما حكى اللخمي قول أَصْبَغ وأبي زيد قال: قول مالك أحسن؛ لأن عتق المريض تضمن حقًا للعبيد وحقًا للورثة فحق العبيد كون العتق بالحصص؛ لأن الميت سوى بينهم في العتق فوجب أن لا يختص به بعضهم، وحق الورثة القرعة؛ لأنهم شركاء الميت بالثلثين، ولو أعتق مريض ستة أعبد

=

العتق، باب من أعتق رقيقًا لا يملك مالًا غيرهم.

(1) أخرجه النسائي: 64/4 في الجنائز، باب الصلاة على من يحيف في وصيته.

له فيها ثلثهم، وثلثاهم لشريك له فيهم كان لشريكه رد عتقهم، ويقرع عليهم فما صار للمعتق مضى عتقه فيه، فإن أسقط الورثة أو الشريك مقاله في المقاسمة كان العتق بالحصص لتساوي حق العبيد، كما تقدم إذا كان العتق في الصحة وعلى المعتق دين.

الصقلي: لو سماهم كقوله ميمون ومرزوق: حران أو لم يسهم كقوله: عبداي حران، ففي العتق بالقرعة مطلقًا أو بالحصص إن سمي قولان لابن حبيب عن الأخوين، وسَحنون مع محمد عن أشهب.

الباجي: لو قال في وصيته: أعتقوا عبدي في ثلثي وما حمل ثلثي منهما، فقال ابن كنانة: لا قرعة في هذا، ويعتق منهم بالحصص مبلغ الثلث، ولعيسى عن ابن القاسم ذلك سواء، وفيه القرعة.

اللخمي: إن أوصى في مرضه بعتق عشرة من عبيده، وهم خمسون ففيها خمسة أقوال.

قال مالك في المدَوَّنة: يعتق خمسهم بالسهم خرج فيه خمسة أو خمسة عشر.

وقال أيضًا في المدَوَّنة والواضحة: إن خرج في الخمس أقل من عشرة ضرب بالسهم على الباقي حتى يكمل عشرة ما لم يجاوز الثلث.

ولأشهب في الموازيَّة: واسع أن يعتق منهم بالسهم أو بالحصص.

وقال المغيرة: يعتق خمسهم بالحصص، إن كان العتق من الميت، وإن أوصى ورثته أن يعتقوا عنه فهم بالخيار أن يعتقوا من شاءوا.

وروى ابن حبيب: من قال: رأس من رقيقي حر، وهم ثلاثة؛ عتق ثلثهم بالسهم، ثم قال: ما هذا مراد الميت؛ إنما مراده فيسهم بينهم، فإن خرج واحد وهو أدنى من ثلثه عتق ولم يعد السهم في الباقي، وإن كان أكثر من ثلث قيمتهم عتق كله إن حمله معه الثلث، وقاله مُطَرِّف فعليه إن قال: عشرة وهم خمسون عتقت منهم تلك التسمية، كانت قيمتهم أقل من الخمس أو أكثر إن حملهم الثلث.

قال اللخمي في كتاب الوصايا: من أعتق عبديه واحدًا بعد واحدًا بدئ الأول لأنه ليس له أن يحدث ما ينقض عتق الأول، ونحوه قول ابن شاس: ولو أعتق على ترتيب

فالسابق مقدم والترتيب في تبتيل المريض أن لا يكون الأول والثاني في فور واحد، حسبما ذكروه في المدبرين: أن يأتي بلفظ يدل على تبدئة الأول ككلمة (ثم) أو (قبل) أو (بعد).

وفيها: من قال عند موته: أنصاف رقيقي أحرار، أو أثلاثهم أو ثلث كل واحدًا أو نصفه؛ عتق من كل واحد منهم ما ذكر إن حمله الثلث أو ما حمل الثلث مما سمى بالحصص من كل واحد بغير سهم.

الصقلي: وقاله أشهب.

وفيها: من قال في صحته إن كلمت فلانًا فرقيقي أحرار فكلهم في مرض موته عتقوا إن حملهم الثلث، أو ما حمله منهم بالسهم ولو كانت بيمينه إن لم يفعل كذا فمات ولم يفعله عتق منهم محمل الثلث بالحصص.

الصقلي: لو كانت يمينه هذه في مرض موته، فقال القرويون: يعتقون بالحصص.

وقال الصقليون: بالسهم، وهذا نحو ما أعتق به أبو محمد بقوله؛ لأنه كان على حنث في يمين في الصحة، فدل على أن المرض بخلافه، ورجح بعض فقهائنا الأول.

وفيها: إن انقسم العبيد على الجزء الذي يعتق منهم جزء قيمتهم بالقيمة، وأسهمت بينهم وعتق ما أخرجه السهم، وإن لم ينقسموا على الأجزاء علمت قيمة كل واحد، وكتب اسم كل واحد في بطاقة، وأسهمت بينهم فمن خرج اسمه للعتق، فإن كانت قيمته مبلغ الجزء الذي يعتق منهم عتق، وإن زادت عليه عتق منه مبلغه فقط، وإن نقص منه أعيد السهم لتمام ما بقي من جزء الوصية، فيعتق ما يقع لذلك عبدًا أو بعض عبد.

الباجي: تلف كل بطاقة كتب فيها اسم في طين بحضرة العدول ويجعل في كم صغير أو كبير، ثم يخرج واحدة فتفض ويعتق من فيها، رواه ابن حبيب عن الأخوين.

[كتاب الولاء]

الولاء[1]: عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: **«الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب»**[2] أبو يعلى الموصلي ثم ابن حبان في صحيحه.

[باب معنى من له الولاء]

وفي الصحيحين قال ﷺ: **«إنما الولاء لمن أعتق»**[3]، وهو لمن ثبت العتق عنه ولو بعوض أو بغير إذنه ما لم يمنعه مانع[4].

---

(1) قال الرَّصاع: الولاء لم يعرفه الشَّيخ:، ولم يذكر رسمه، ويظهر في سر ذلك أنه لما ذكر الحديث المشهور في قوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب» فكأنه تمييز له من إمام العارفين، ومن أتاه الله علم الأولين والآخرين، والحقائق الشرعية مأخوذة عنه ومنه، فلا حقيقة له غير ما ذكره وبينه، ويظهر بيان الحديث بالوقوف على كلام من شرحه.

وللشيخ سيدي سعيد فيه كلام حسن ستقف عليه ونذكره إن شاء الله تعالى، ولما ذكرت ما قررته اعتذارًا عن الشَّيخ:، رأيت ما يقوي ذلك من كلام تلميذه الشَّيخ الفقيه الأبي لما ذكر الحديث المذكور.

قال: وهذا منه ﷺ تعريف لحقيقته في الشرع، ولا تجد للولاء تعريفًا أتم منه، والمعنى أن بين المعتَق والمعتِق نسبة تشبه نسبة النسب وليست به، ووجه الشبه أن العبد لما كان عليه رق، فهو كالمعدوم في نفسه، والمعتق صيره موجودًا كما أن الولد كان معدومًا، والأب تسبب في وجوده.

(2) أخرجه ابن حبان في صحيحه: رقم (4950) كتاب البيوع باب البيع المنهي عنه والحاكم في المستدرك: رقم (7990) في كتاب الفرائض.

(3) أخرجه البخاري: 1/458 في المساجد، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ومسلم: رقم (1504) في العتق، باب الولاء لمن أعتق.

(4) قال الرَّصاع: قوله: (هو) أي: الولاء لمن ثبت العتق عنه، وليس ذلك تعريفًا للولاء كما فهم بعضهم، وإنما هو حكم بالولاء لمن يكون له، ومن يكون له الولاء هو المعرف، فكأنه قال: من يكون له الولاء صفته إلخ، ومن ثبت العتق عنه هو الجنس، وهو يشمل كل من أعتق عن نفسه أو عن غيره.

قوله: (ولو بعوض) ليدخل فيه ولاء المقاطعة والمكاتبة، وهو عطف على مقدر أي: من ثبت العتق عنه بغير عوض، ولو كان بعوض وذكره غاية؛ لأنه يتوهم أن العوض مانع.

=

قوله: (أو بغير إذنه) كما تقدم أي بغير عوض وبإذن، ولو بعوض وبغير إذن والضمير في إذنه يعود على من، وهو كذلك على المشهور، وخالف أشهب، وقال: إن الولاء للمعتق مطلقًا.

قوله: (ما لم يمنع مانع) معناه: أن الولاء ثابت للمعتق عنه ما لم يمنع مانع، أخرج بذلك إذا أعتق كافر مسلمًا؛ لأن العتق هنا عن نفسه ولا ولاء للكافر لأجل المانع؛ لأنه لا يرث الكافر المسلم.

(فإن قلت): إذا أعتق النصراني عبده النصراني، ثم أسلم بعد عتقه؛ فإنه في المَدَوَّنة قال: إذا مات عن مال فميراثه لعصبة سيده النصراني المسلمين، مع أن العتق إنما كان عن النصراني والولاء هنا لغير المعتق عنه.

(قلت): الجواب أنه إنما كان ذلك بالجر، وأصل الولاء إنما كان للمعتق عنه، ولما منع المانع من ميراثه؛ انتقل إلى غيره ثمن يجره إليه، ولذا قال في المَدَوَّنة؛ لأن الولاء كان لسيده حين كان نصرانيًا، فإن أسلم السيد رجع إليه ولاؤه.

قال سَحنون: معنى رجوع الولاء في هذا الباب إنما هو الميراث؛ لأن الولاء لا ينتقل.

(فإن قلت): ظاهر كلام الشَّيخ رحمه الله أنه رسم هنا على المشهور فقط، ولشيخه الرسم إنما هو للماهية المطلقة.

(قلت): كثيرًا ما يفعل ذلك والله الموفق.

(فإن قلت): قال في المَدَوَّنة من أعتق سائبة لله تعالى فولاؤها للمسلمين، والمعتق لم يثبت له ذلك.

(قلت): قال فيها لأن معنى السائبة العتق عن المسلمين، فذلك داخل في الرسم معنى.

(فإن قلت): هلا قال ثبت له لفظًا أو معنى، كما قال في غير هذا.

(قلت): هذا أخصر، والله أعلم وبه التوفيق.

(فإن قلت): إذا أعتق العبد عبده، وعلم السيد به ولم يرده ولا أجاز حتى عتق العبد؛ فالولاء للسيد والعتق لم يكن عنه لا معنى ولا لفظًا.

(قلت): هذا قول ابن الماجِشُون، ووجهه أن سكوته وعدم رده يعد كأنه رضي منه؛ فكأنه هو المعتق فيثبت له الولاء، وفي الموازيَّة: أن الولاء للعبد، ويصدق عليه الرسم أيضًا، وأما إذا لم يعلم بعتقه حتى عتق العبد؛ فالولاء للعبد، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

(فإن قلت): ما أعتقه المدبر وأم الولد بإذن سيدهما في مرض السيد الولاء لمن هو.

(قلت): قال أَصْبَغ: الولاء لهما، ولو صح السيد؛ لأنه يوم أعتق لم يكن له انتزاع ماله، وليس كالمكاتب إذا عجز بعد أن أعتق عبده الولاء لسيده، ولا يرجع إلى المكاتب إن أعتق، وانظر ابن يونس هنا، وما أصله عن مالك وابن القاسم، أن من لسيده انتزاع ماله فولاء ما أعتق بإذن سيده لسيده، ولا يرجع إليه من أعتق، وتأمل ذلك مع ما وقع في الرسم والله سبحانه الموفق.

(فإن قلت): إذا أعتق العبد عبدًا له، ولا علم سيده حتى عتق عبده فلمن الولاء.

أبو عمر عن غيره: بإذنه أو بغير إذنه، فمشهور مذهب مالك عند أكثر أصحابه: أن الولاء للمعتق عنه.

وقال أشهب: الولاء للمعتق، وقاله الليث والأوزاعي، وسواء في قولهم أمره بذلك أو لم يأمره.

وفيها: من أعتق سائبة لله تعالى؛ فولاؤها للمسلمين، ومعنى السائبة كأنه أعتق عن المسلمين.

ابن رُشْد: اختلف في عتق السائبة كرهه.

ابن القاسم: فإن وقع فالولاء للمسلمين، وأجازه أَصْبَغ ابتداء، ومنعه ابن الماجِشُون وقال: إن وقع فالولاء له لا للمسلمين.

قلتُ: وعزا الباجي لسَحنون مثل قول أَصْبَغ، ولم يحك اللخمي في السائبة إلا الكراهة لمالك وابن القاسم، والجواز لغيرهما، وذكر القولين في الولاء، وخرج عليهما عتق الرجل عبده عن رجل بعينه.

وفيها: مع غيرها إن أعتق كافر مسلمًا؛ فولاؤه للمسلمين، ولا يرجع لسيده إن أسلم ولا يجره لمسلم غيره.

اللخمي: القياس: أن يرجع إليه إن أسلم ويجره لولده المسلم.

وقال محمد: في عبد نصراني لمسلم أعتق عبده المسلم، ولم يعلم سيده بعتقه حتى عتق، ثم إن المسلم الذي أعتقه العبد النصراني مات عن مال، فهو للسيد المسلم الأعلى، فإذا صح جره لسيده الأعلى دون المسلمين، صح جره لولده المسلم، ورجع إليه إذا أسلم وما اختاره، حكاه أبو عمر عن أحمد وإسحاق وغيرهما قال: وبه أقول.

والإجماع على صحة عتق الكافر عبده المسلم:

وفيها: إن أعتق نصراني عبده النصراني، ثم أسلم بعد عتقه ومات عن مال؛ فماله

(قلت): وقع في المدَوَّنة أن الولاء للعبد، وقال اللخمي في هذه المسألة: قيل في هذا الأصل: أنه عتيق من يوم عتق فالولاء على هذا للسيد؛ انظره.

لعصبة سيده النصراني المسلمين؛ لأن الولاء كان لسيده حين كان نصرانيًّا، فإن أسلم السيد رجع إليه ولاؤه.

قال سَحنون: معنى رجوع الولاء في هذا الباب؛ إنما هو الميراث، والولاء قائم لا ينتقل عنه.

الصقلي: صواب لأن الولاء كالنسب، لا فكما لا تزول عنه الأبوة إن أسلم ولده فكذا الولاء.

وفيها: إن أعتق المكاتب أو العبد بإذن سيده جاز، والولاء للسيد، فإن عتق المكاتب رجع إليه الولاء، إذ ليس للسيد انتزاع ماله، ولا يرجع للعبد إن عتق وعتق أم الولد عبدها كالعبد.

اللخمي: والمدبر وأم الولد في صحة سيدهما، والمعتق إلى أجل قبل قرب أجله كالعبد، قال: ولو علم السيد بعتق عبده عبده، فلم يجزه ولم يرده حتى عتق، ففي الموازيَّة الولاء للعبد، وقال ابن الماجِشُون: لسيده.

الصقلي عن محمد: أصل مالك وابن القاسم في هذا أن من لسيده انتزاع ماله قولا مالك عتق بإذن سيده لسيده، ولا يرجع إليه إن عتق وما أعتقه المدبر وأم الولد بإذن سيدهما في مرضه.

فقال أَصْبَغ: الولاء لهما ولوصح السيد؛ لأنه يوم أعتق لم يكن لسيده انتزاع ماله وليس كالمكاتب إذا عجز بعد أن أعتق عبده الولاء لسيده، ولا يرجع إلى المكاتب إن عتق.

وقال ابن عبد الحكم في المدبر وأم الولد: أحب إلي أن الولاء للسيد وإن مات من مرضه لا يرجع إليهما إن عتقا؛ لأنه كان له أخذ مالهما إن صح، وكذا المعتق بعضه يعتق بإذن السيد.

محمد: وقاله أشهب في المعتق بعضه: يعتق بإذن السيد قيل له ولا تراه كالمكاتب؛ لأنه لا ينتزع ماله قال: للمكاتب سنة وللعبد سنة.

قال محمد: فلم تكن له حجة أكثر من هذا، وقد قال ابن القاسم: ولا ما أعتق

المعتق بعضه للعبد، وهو الصواب، ولم يعجبنا قول أشهب ولا أَصْبَغ ولا غيره، وما روي عن ابن القاسم غير هذا فغلط عليه؛ إنما هو لأشهب وأَصْبَغ ومحمد: والمدبر وأم الولد لا ينتزع أموالهما في مرض السيد فإن انتزعها ثم مات ردت، وإن صح مضت فكذا إعتاقهما في مرضه بإذنه موقوف إن مات فالولاء لهما، وإن صح فهو للسيد ولا يرجع إليهما إن عتقا، وكذا المكاتب الذي لم يختلف فيه يعتق بإذن السيد لم يعتق ثم يعجز ثم يعتق بكتابة أخرى أو غيرها لا يرجع إليه الولاء.

وقال ابن القاسم: في عبد بين رجلين أعتق عبده بإذن أحدهما ولم يعلم الآخر حتى أعتقاه: أن ولاء ذلك العبد له دون سيديه، وإن أعتق المعتق بعضه عبدًا بإذن من له بقيته فولاء ما أعتق بين الذي كان أعتق نصفه، وبين مالك بقيته، فإن عتق العبد الذي نصفه حر رجع إليه ولاء ما كان أعتق، وإن أعتق بغير إذن الذي له بقيته كان له رد عتقه.

وروي عن يحيى بن يحيى: أن ولاء من أعتق هذا العبد المعتق بعضه بإذن الذي له فيه الرق خالصًا، هو أحق بميراث مواليه من الشريك الذي كان أعتق نصفه، كما أنه أحق بميراثه نفسه.

الصقلي: هذا مثل قول أشهب الذي ذكره محمد، وأنكر أن يكون ابن القاسم قاله.

وروى محمد: إن أعتق المدبر أو الموصى بعتقه بعد موت السيد قبل أن يقوم في الثلث فليوقف عتقه، فإن خرج المدبر والموصى بعتقه من الثلث نفذ عليه ما كان أعتق أو حنث في عتقه، وإن لم يخرج من ثلث سيده إلا بعضه لم يعتق من العبد الذي أعتق قليل ولا كثير، ولو عتق بعد ذلك بقية المدبر أو الموصى بعتقه، وذلك العبد في يده لم يعتق منه شيء، وقاله أشهب ومحمد.

وفيها: ولو لم يعلم السيد بعتق عبده عبده حتى عتق فالولاء للعبد.

اللخمي: قيل في هذا الأصل إنه عتيق من يوم عتق، فيكون الولاء للسيد الأعلى قال: ولو قال العبد لعبده: يوم أعتق فأنت حر أو أخد مني عشر سنين وأنت حر؛ فيعتق العبد الأعلى قبل انقضاء عشر سنين.

فقال ابن القاسم: في الولاء للعبد، وقال: الولاء للسيد.

قال ابن نافع: للسيد قال: ولو قال: أنت حر عني وولاؤك لفلان، وأنت حر عن فلان وولاؤك لي فالولاء للمعتق عنه.

فيها: والأب المعتق يجر ولاء ولده لمعتقه ولو سفل.

في الموطأ: اشترى الزبير عبدًا فأعتقه وللعبد بنون من امرأة حرة، فقال الزبير: هم موالي، وقال موالي أمهم: هم موالينا، فاختصموا إلى عثمان فقضى بهم للزبير.

الباجي: روى محمد يجر الأب ولاء ولده لمعتقه، ولو أعتقه قبل موته بساعة.

محمد: يريد أنه لا يفتقر إلى حكم ولا رضى أحد.

وفيها: إن تزوجت الحرة عبدًا؛ فولاء ولدها منه لمواليها ما دام الأب عبدًا، فإن عتق جر ولاؤه ولاءهم لمعتقه، كولد الملاعنة ينسب إلى موالي أمه هم يرثونه، فإن اعترف به لحق به وجر لمعتقه، ولو كان لولد الحرة من العبد جد أو جد جد عتق قبل الأب جر ولاؤهم لمعتقه.

الصقلي عن محمد: لو أن ولد الحرة من العبد كبر واشترى أبوه؛ فولاء الأب لابنه يجره لموالي أمه.

قال سَحنون: هذا قول جميع أصحابنا إلا ابن دينار قال: ولاؤه لجميع المسلمين كالسائبة.

وفي آخر سماع عيسى من كتاب العتق: من تزوج أمة فولدت له غلامًا فكبر ثم مات أبوه فتزوج ابنة حرة فولدت له ولدًا بعد وفاة الجد والأب المملوك حتى قال: ولاؤه لموالي أمه، ولا يجر الجد المتوفى ولاء ولده الذي ولد بعد موته، أنه يجر ما كان حيًّا، ولو توفي الجد وأمه به حامل؛ جر ولاءه، والأب المملوك هنا لا يحجب كالميت والكافر.

ابن رُشْد: وهذا كما قال: إن ولاءهم لموالي أمهم إن كانت معتقة، ثم لمن يحجب له ذلك يسهم الأقرب فالأقرب من العصبة، فإن كانت حرة لم يعتق فولاؤهم لموالي أبيها، وإن كانت ابنة زنا أو منفية بلعان أو أمة أو كافرة؛ فولاؤهم لموالي أمها، فإن عتق أبوهم

جر الولاء لمواليه عن موالي الأم، ولو مات الجد بعد ولادة الأولاد؛ كان ولاؤهم لمواليه ما دام الأب عبدًا، فإن عتق جر ولاء الولد لمواليه.

قلتُ: وتقدم في اختصارنا فرائض الحق في قوله: وأولاد المعتقة من زنى أو غصب أو لعان أو عبد أو حربي لمولاها هو يرثه ويعقل عنه، فإن لم يكن على الأم فيها ولاء فميراثه للمسلمين وعقله عليهم.

وفيها مع غيرها: جر المعتق ولاء ما أعتق ذكر أو أنثى لمن أعتقه كذلك، وشرط الجر عدم مباشرة المجرور ولاءه بعتق، فإن كان اختص به معتقه.

اللخمي: وميراث موالي المرأة لعصبتها وعقلهم على قومها، إن لم يكن لها ولد، فإن كان فقال مالك: ميراثهم لولدها وجد يرثهم على قومنا، وقال ابن بكير: النظر أن لا ميراث لولدها منهم، وهو قول علي.

وقال عبد الوهاب: قيل: يحيل ولدها مع العاقلة؛ لأن البنوة عصبة في نفسها.

قلتُ: ولهذا الكلام فائدة تذكر في ذكر الخلاف في كون الابن عاصبًا في الفرائض وحكم الولاء كالعصوبة عند عدمها.

فيها مع غيرها: اعتباره في ولاية النكاح والميراث والعقل.

قال ابن الحاجب: فيفيد عند عدمها الميراث وولاية النكاح وحمل العقل.

قال ابن عبد السلام: لا يقتصر بإفادته على هذا الوجوه الثلاثة؛ بل كل موضع فيه للعصبة مدخل، كصلاة الجنازة وغسل الميت، وربما لا يشترط عدم عصبة في بعض مسائل النكاح.

قلتُ: فيكون للمعتق القيام بقذف معتقه إذن، وهو بعيد والحق في ذلك اتباع النصوص.

وفيها: إن أعتقت أمة تحت حر، وولدت منه ولدًا قالت: عتقت وأنا به حامل، وقال الزوج؛ بل حملت به بعد العتق؛ فولاؤه لموالي فالقول قوله.

قال أشهب: ولو أقر بقولها لم يصدق إلا أن يكون بينة الحمل يوم العتق أو تضعه لأقل من ستة أشهر من يوم العتق.

اللخمي: اختلف هل يوقف الزوج عنها عند عتقها حتى يعرف هل هي حامل أم لا، فروى محمد: لا يوقف؛ يريد: ويعمل على ما يتبين.

وقال في المختصر الكبير: يوقف عنها وكذا في التي لها ولد من غير زوجها، فيموت ذلك الولد يوقف عنها الزوج لمكان الميراث، وعلى القول الأول لا يوقف والوقف فيها أحسن، ولا يقطع إذا أتت به لستة أشهر فأكثر أنه محدث، والوضع لهذا القدر نادر، والوضع المستمر لتسعة أشهر فأكثر؛ وإنما تراعى ستة أشهر إذا تقدمت حيضة، وأيضًا فيحتمل أنه أصابها أول النهار وعتقت في آخره؛ فلا يكون مرور الستة الأشهر دليلًا على أنه لم يكن قبل العتق.

وفي الشهادات منها: وإن شهد شاهد واحد أن هذا الميت مولى فلان أعتقه استؤني بالمال، فإن لم يستحقه غيره قضي له به مع يمينه، ولا يجر بذلك الولاء.

وفي الولاء منها: قال غيره إذا شهد شاهد على البت في الولاء لم يحلف معه ولم يستحق معه المال؛ لأنه لا يستحقه حتى يثبت الولاء، ولا يتم إلا بشاهدين، ونقله الصقلي عنها مع الموازيَّة، وقال الغير هو وأشهب.

الصقلي: قال بعض فقهائنا عن ابن عبد الرحمن: من أقام شاهد أنه أعتق هذا الميت فحلف واستحق ماله على قول ابن القاسم، ثم مات لهذا الميت مولى، أن الرواية إن أتى بشاهد هي آخر استأنف له الحكم، وحلف أنه مولاه، وأخذ ماله؛ وإنما يعني أن الشاهد شهد أن الثاني مولى الأول، ولو شهد بما شهد به الأول لضم إليه وتمت الشهادة ولم يحلف.

قال: وفي بعض التعاليق في الموازيَّة لأَصْبَغ: إن شهد له شاهد أنه وارث فلان فحلف واستحق ثم طرأ له مال آخر لا يستحقه إلا بيمين أخرى، وأنكره ابن الكاتب وقال: لا يمين عليه الملك الثاني مثل الأول.

وفيها: من أقر أن فلانًا أعتقه، وفلان يصدقه، فإنه يستحق بذلك ولاءه، وإن أكذبه قومه إلا أن تقوم بينة بخلاف ذلك، فيؤخذ بها، وكذا إن أقر بذلك عند الموت؛ صدق وورثه إن لم تقم بينة بخلاف ذلك.

الصقلي عن ابن سَحنون: الإقرار بالولاء ثابت بإجماع العلماء.

وقال أيوب: لا يثبت الإقرار بالولاء إلا عند المصريين.

ولابن رُشْد في ثالث مسألة من كتاب الولاء: من قال: فلان مولاي أعتقني ثبت له بذلك الولاء كقيام البينة له بذلك، ثم قال: وظاهر قول أَصْبَغ في نوازله من الاستحقاق: أن الولاء لا يثبت بالإقرار، وإن قال: أعتقني فإن لم يرده بالتأويل إلى قول سَحنون كان مخالفًا له.

وابن الماجِشُون يرى الإقرار بالولاء ثابتًا، وإن لم يقل أعتقني.

وقال سَحنون: إن قال مولاي ولم يقل أعتقني؛ ثبت له الميراث لا الولاء، قال فعلى حمل قول أَصْبَغ على ظاهره؛ يتحصل فيمن أقر بولاء لرجل وينسب لآخر ثلاثة أقوال:

الأول: أن النسب أولى تقدم الإقرار بِهِ أو تأخر، كان في الصحة أو المرض.

الثاني: عكسه.

الثالث: إن قال أعتقني، كان أولى من النسب، وإنْ لم يقله فالعكس

وفيها: إن شهد شاهدان أنهما سمعا أن هذا الميت مولى فلان لا يعلمون له وارثًا غيره استؤني بالمال، فإن لم يستحقه غيره؛ قضي له به مع يمينه، ولا يجر بذلك الولاء، زاد في كتاب الولاء.

وقال أشهب: يكون له ولاؤه وولاء ولده بشهادة السماع.

قال ابن رُشْد: في سماع أبي زيد من الشهادة مثل قول ابن القاسم في المدَوَّنة، بعد ذكره قول أشهب هذا قال: وهو الذي يأتي على قياس قول ابن القاسم في سماع أَصْبَغ بإجازة شهادة السماع في ضرر الزوجين، ويتخرج فيها قول ثالث: أنه لا يثبت بها نسب ولا يستحق بها مال؛ لأنه لا يستحق إلا بعد ثبوت النسب أو الولاء ودرجات مستحق الولاء ذو الأقرب منهما يحجب الأبعد، فالمعتق أقرب من معتق المعتق، والأقرب ليس منه أولى من الأبعد، وعصبة الأقرب أولى من عصبة الأبعد، وعصبة المعتق أولى من معتق الجار، لوجوب تقديم مباشرة العتق على جره.

ولذا قال ابن الحاجب: وإذا اجتمع ابن المعتق ومعتق الأب، فلا ولاء لمعتق الأب ودرجات التعصيب في القرب فيه كالتعصب في الإرث إلا أن الأخ وابن الأخ يقدمان على الجد.

زاد الحوفي: وابن العم على أبي الجد.

قلتُ: وهو مندرج في الأول بالمعنى فتأمله.

اللخمي: اختلف إن كانا ابني عم أحدهما أخ لأم.

فقال مالك وابن القاسم في المدَوَّنة: لا فضل للأخ لأم.

وقال أشهب: عند محمد الأخ للأخ أحق؛ لأنه أقعد بالرحم كما لو ترك المعتق أخوين أحدهما شقيق والآخر لأب.

قلتُ: في جريان هذا الخلاف في وارث المال نظر، ويرد قياس أشهب بأن زيادة الشركة في الأمر في المقيس عليه هي فيها به التعصيب، وهو الأخوة وهي في المقيس في غير ما به التعصب؛ لأنها في أخوة لا تعصيب لها، إنما التعصب فيه بنوة العمومة والمذهب انتقاله بموت مستحقه إلى أقرب عصبة المعتق حينئذ لا إلى أقرب عصبة المستحق.

قال ابن الحاجب: فلو اشترى ابن وابنة أباهما، ثم اشترى الأب عبدًا فأعتقه فمات العبد بعد الأب؛ ورثه الابن دون البنت؛ لأنه عصبة.

قلتُ: هذه مشهورة في كتب الفرائض وغيرها.

قال ابن خروف: وتعرف بفريضة القضاة لغلط أربعمائة قاض فيها بتوريثهم البنت فيها بالولاء والميراث بعصوبة النسب مقدم على عصوبة الولاء، ومسائل هذا الفصل في ابن الحاجب ذكرناها في اختصارنا في اختصار الحوفي بوجه أتم فانظره، والله الموفق للصواب.

[كتاب المدبر]

المدبَّر: هو المعتق من ثلث مالكه بعد موته بعقد لازم(1)، فيخرج المعتق لأجل وأم

(1) قال الرَّصاع: التدبير في اللغة: عتق الرجل عن دبر، قال بعضهم: وإليه يرجع كلام الفقهاء.
(فإن قلت): إذا صح أن معنى كلام الفقهاء يرجع للعتق، فكيف يقول عقد، والعتق غير عقد.
(قلت): لا يخلو من مناقشة فيه، وقول الشَّيخ في العرف؛ عقد، تقدم الكلام على العقد، وإن العقد يعم ما كان معه عوض أم لا، ويدخل سائر العقود التي فيها تبرع، وأخرجها بقوله: يوجب عتق مملوك.
قوله: (في ثلث مالكه) أخرج به الملتزم عتقه في صحته.
قوله: (بعد موته) يخرج به الملتزم العتق في المرض المبتلى فيه، فإنه لازم له إذا لم يمت.
قوله: (بعتق لازم) يتعلق بيوجب أخرج به الوصية.
(فإن قلت): كيف صح إدخال التدبير في المرض في رسمه.
(قلت): الرسم صادق في ذلك إذا تؤمل، ورأيت بخط بعض تلامذة الشَّيخ لما قرر رسمه عليه:، قيل له: هذا غير مانع لدخول الوصيَّة المشترط فيها عدم الرجوع في العتق، فأجاب؛ بأنا نلتزم أنها تدبير، ثم قيل له: يدخل المبتلى في المرض.
قال: نقول بأنه ليس بعتق لازم، وفيه نظر لا يخفى فتأمله، أما ما أشار إليه في الوصيَّة الملتزم فيها عدم الرجوع، فقد وقع لبعض الفقهاء، أن التدبير أصله وصيَّة التزم فيها عدم الرجوع، قيل: وفيه نظر؛ لأن الوصيَّة المذكورة فيها خلاف في لزوم الشرط فيها، والتدبير لا خلاف في لزومه، فكيف يكون الأصل مختلفًا فيه، وفرعه ليس فيه خلاف فانظره وما فيه، وأما ما أشار إليه في المبتلى في المرض من أنه ليس بعتق لازم، فظاهر أنه ليس كذلك.
(فإن قلت): هل يرد على رسمه عتق أم الولد، كما أورد ذلك على ابن الحاجب.
(قلت): لا؛ لأن جنسه هنا عقد فتأمله، ثم ذكر الشَّيخ: بعد رسم التدبير: رسم ابن الحاجب، وهو عتق معلق على الموت، على غير الوصية، ورده شيخه: بأنه من التعريف بالإضافيات، وأنها مجتنبة.
قال الشَّيخ: ما ذكره عنهم من اجتناب الإضافيات لا أعرفه، وليست الإضافيات ملزومة للإجمال، ولذا وقعت في تعريفاتهم كثيرًا، كقول القاضي في القياس: حمل معلوم على معلوم، وقولهم في اختلاف قضيتين.
قال الشَّيخ: ولو تعقبه باشتماله على التركيب، وهو وقف معرفة المعرف على معرفة حقيقة أجنبية عنه، ليست أعم ولا أخص كان صوابًا، وتقدم له نظير هذا البحث معه ومع ابن الحاجب، فالحقيقة الأجنبية هنا هي الوصية، وقد تقدم للشيخ ابن عبد السلام الاعتراض بمثل هذا في حد قبل هذا. =

الولد والموصى بعتقه[1]، والتدبير عقد يوجب عتق مملوكه من ثلث إلخ.

وقال ابن الحاجب: هو عتق معلق على الموت على غير الوصية.

ورده ابن عبد السلام: بأنه تعريف بالإضافيات، وذكروا أنه يجتنب في التعريف لإجماله.

قلتُ: ما ذكره عنهم من اجتناب الإضافيات لا أعرفه حسبما تقرر في موضعه وليست الإضافة ملزومة للإجمال، ولذا وقعت في تعريفاتهم كثيرا كقول القاضي القياس حمل معلوم بإضافة حمل إلى معلوم، وقولهم في التناقض هو اختلاف قضيتين إلى غير ذلك، ولو تعقبه باشتماله على التركيب، وهو وقف معرفة المعرف على معرفة حقيقة أجنبية عنه ليست أعم ولا أخص كان صوابًا، وتعقبه ابن هارون بعد طرده، فإنه يدخل في ما علق على موت غير مالكه، وهو من العتق إلى أجل.

وأجاب ابن عبد السلام: بأن قوله من غير وصيَّة قرينة في إرادته بالموت موت مالكه، ورد بأن قوله من غير وصية؛ إنما يدل على دخول موت مالكه لا على انحصاره

ولا يجاب بأنه ذكره بعد ومر به؛ لأن الإحالة إنما تكون على ما تقدم بيانه لا ما تأخر، وربما وقع للشيخ رضي الله عنه قريبًا من هذا في رسمه، وقدمناه وقدمنا جوابه.

قال: وتعقب ابن هارون عدم طرد حده بدخول ما علق على موت غير مالكه، وهو عتق لأجل، وأجاب الشَّيخ ابن عبد السلام، بأن قوله: من غير وصية؛ قرينة أن المراد موت مالكه، ورد هذا بأنه يدل على موت مالكه لا على انحصاره فيه، ففيه عناية في التعريف وهو صائب.

قال الشَّيخ رحمه الله: وينتقض أيضًا بحكم عتق أم الولد؛ فإنه عتق معلق على موت مالكها، ثم قال ولا يجاب بعدم تعليقه؛ لأنه إن أريد التعليق اللفظي خرج عن حد التدبير، قولنا: أنت حر عن دبر مني؛ فإنه لا تعليق لفظًا، فكأنه يقول هذه الإرادة توجب أن الحد غير منعكس، وإطلاق التعليق يوجب كونه غير مطرد، فالأول حافظ على طرده فأخل بعكسه، والثاني الحمل عليه يخل بطرده، وهو معنى، وإن أريد المعلق معنى؛ فعتق أم الولد كذلك فتأمله.

(1) قال الرَّصاع: قيل للشيخ ما ذكرته هو فائدة المدبر لا معنى المدبر؛ لأن المدبر قبل موت المدبر يصدق الرسم فيه فتأمله.

(فإن قلت): أولاد المدبرين مدبرون، والرسم لا يصدق فيهم.

(قلت): هم ملحقون بالتدبير.

فيه، فهي عناية في التعريف، وينتقض أيضًا بحكم عتق أم الولد، فإنه عتق معلق على موت مالكها، ولا يحلف بعدم تعليقه؛ لأنه إن أريد بأنه مغلق التعليق اللفظي خرج عنه قوله: أنت حر عن دبر مني، فإنه لا تعليق فيه لفظًا، وإن أريد المعلق معنى فعتق أم الولد كذلك.

وحكمه السابق قبل إيقاعه الندب؛ لأنه سبب في العتق وبعد اللزوم المعروض لرفعه بأقوى منه.

وفي كون لزومه، لأنه كعلم لمعني وصيَّة بعتق ملتزم عدم الرجوع عنها بخلاف الوصيَّة المطلقة، أو لأنه كعلم المعنى عتق التزمه مالكه في حياته، ووقف إنفاذه على عتقه كعتق المعتق إلى أجل لا أنه وقف التزامه على موته طريق، التونسي مع ظاهر الموازيَّة حسبما يأتي في الصيغة، وظاهر نقل الصقلي عن ابن القاسم.

[باب في صيغة التدبير]

الصيغة: ما دل على حقيقته عرفًا[1].

الباجي: قال عبد الوهاب: لفظ التدبير أن يقول: أنت حر عن دبر مني أو مدبر أو إذا مت فأنت حر بالتدبير، وشبهه مما يعلم به إيجاب عتقه بموته لا على وجه الوصية، زاد في الموازيَّة أن يقول في صحته أو مرضه: أنت حر مني ما مت أو إن مت ولا مرجع لي فيك.

قال أشهب: وشبه هذا أفرد ذلك بكتاب أو جعله في ذكر وصاياه.

وقول ابن الحاجب: أنت حر بعد موتي كقوله أنت حر عن دبر مني، يرد بقولها.

قال مالك: من قال في صحته لعبده: أنت حر بعد موتي، إن أراد به وجه الوصيَّة صدق، وإن أراد وجه التدبير صدق.

(1) قال الرَّصاع: أحال: على ما دل بالعرف، وأشار إلى أن ثم ألفاظًا تدل على التدبير، وألفاظًا تدل على الوصية، وألفاظًا محتملة، وانظر المدَوَّنة وما فيها من ذلك من كلام ابن القاسم وأشهب، والله أعلم.

ابن القاسم: هي وصيَّة أبدًا حتى يتبين أنه أراد التدبير.

وقال أشهب: إن قال هذا في غير إحداث وصيَّة أو لما جاء أنه لا ينبغي لأحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة، فهو تدبير إذا قال ذلك في صحته.

وفيها أيضًا لابن القاسم: إن قال: إن كلمت ابن فلانًا فأنت حر بعد موتي فكلمه لزمه ما أوجبه من عتقه بعد موته من الثلث، وصار شبيهًا بالتدبير.

قلتُ: فجعل المعلق أشد من غير المعلق، ونحوه في كتاب النذور فيه: إن قال إن فعلت كذا فعلي هدي فإن يحنث، فإن نوى شيئًا فهو ما نوى، وإلا فعليه بدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد وقصرت نفقته رجوت أن تجزئه شاة.

وقال في الحج الثاني: ومن نذر هديًا ولا نيَّة له فالشاة تجزئه؛ لأنها هدي، فجعل المطلق أخف من المعلق.

قال عبد الحق عن القابسي: لأنه في كتاب الحج متبرع بالهدي، وفي مسألة النذر هو على وجه الحلف، واليمين طريقة التغليظ.

ابن رُشْد: وأما التدبير المقيد كقوله أنت مدبر إن مت في سفري هذا أو مرضي هذا أو في هذا البلد أو أنت مدبر إذا قدم فلان وشبهه، فسمع أَصْبَغ ابن القاسم: أنها وصيَّة لا تدبير إلا أن يرى أنه أراد التدبير، فله على هذا أن يرجع عنه في مرضه ذلك.

ولابن القاسم في الموازيَّة، وكتاب ابن سَحنون وابن كنانة: أنه تدبير لازم لا رجوع له فيه، ومعناه إن مات من مرضه ذلك، وهذا الاختلاف قائم من اختلاف ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده: أنت حر إذا قدم فلان.

قال مالك: ليس له بيعه حتى ينظر هل يقدم فلان أو لا.

وقال ابن القاسم: له بيعه، وكذا لو قال لعبده: أنت مدبر إذا قدم فلان يلزمه التدبير على قول مالك من ساعته، بشرط قدوم فلان، ولا يكون له بيعه، ولا يرجع فيه حتى ييأس من قدوم فلان، وعلى قول ابن القاسم: لا يكون تدبيرًا، وهي وصيَّة فيكون له بيعه ويرجع فيه بالقول إن شاء، فيقول: قبل قدوم فلان أو بعد قدومه قد رجعت عن عتق فلان، بخلاف قوله: أنت حر إذا قدم فلان، هذا لا يكون له على مذهب ابن

القاسم: أن يرجع فيه بالقول، وأنه له بيعه؛ لأنه يشبه اليمين، فإن بقي في ملكه حتى قدم فلان؛ لزمه العتق.

الباجي: رواه ابن نافع: من قال لجاريته أنها مدبرة تعتق بعد موته إن لم يحدث فيها حدثًا، وكتب لها بذلك كتابًا أنها وصيَّة لقوله: إن لم أحدث فيها حدثًا.

ولابن رُشْد في رسم أوصى من سماع عيسى: من اعتق عبده لأجل سماه قبل موته ففيه أربعة أقوال:

الأول: سماع عيسى هذا ابن القاسم: أنه لا يعجل عتقه، ويترك في خدمته إن كان له مال، فإذا مات نظر فإن كان الأجل الذي سمى حل في مرض موته عتق من ثلثه، وإن حل وهو صحيح عتق من رأس ماله، وأعطي منه قيمة خدمته من حينئذ إلى وقت وفاته، ولم يضره ما استدان بعد حلول الأجل إلى حين وفاته، إلا أنه يحاص الغرماء بقيمة خدمته، وإن لم يكن له مال استؤجر في ذلك الأجل ما كان ووقف خراجه، فإن كان الأجل سنة استؤجر سنة، ووقف خراجها، فكلما مضى شهر بعد السنة، وقف خراج هذا الشهر وأعطى السيد خراج شهر من أول السنة كذا أبدًا ونفقته وكسوته من خراجه، فإن استؤجر في هذه السنة على أن نفقته وكسوته على سيده أسقط من إجارته نفقته وكسوته، ووقف الباقي، وإن استؤجر على أن نفقته وكسوته على المستأجر وقفت الإجارة كلها، وذلك يخرج إلى شيء واحد، فإن مات العبد في حياة سيده أخذ السيد ما وقف له.

حكاه محمد عن ابن القاسم، والذي يأتي على قياس قوله أن يبقى موقوفًا حتى يموت السيد فيعلم بموته، هل وجب للعبد العتق قبل موته من رأس مال سيده أم لا؟ فإن تبين أنه وجب له قبل أن يموت من رأس ماله؛ كان ما وقف لورثته.

وقال الموثقون على قياس هذا السماع: من أراد أن يستخدم عبدًا طول حياته ويكون حرًا من رأس ماله بعد وفاته بعتقه إلى قبل السبب الذي يكون منه وفاته بأجل يسميه، وذلك لا يصح إذ ليس للرجل بعد وفاته أكثر من ثلث ماله.

والواجب إن فعل ذلك أن يعجل عتقه اتفاقًا لأن العتق قد حصل له فيعتق، إما

بقوله وإما بموته، فلا يصح أن يمكن من اختدامه بشك إذ لا يدري لعله حر من الآن.

الثاني: تعجيل عتقه من الآن لاحتمال أن يكون لم يبق بينه وبين موته إلا مثل الأجل الذي ينتهي أو أقل، فلا يسترقه بالشك، وهو أحد قولي ابن القاسم فيما حكاه محمد.

الثالث: أنه كالمدبر يعتق بعد موته من الثلث؛ لأنه عتق لا يكشفه إلا الموت، وهو قول أشهب.

الرابع: أنه لا يعتق من ثلث، ولا من رأس مال، وهو قول أشهب أيضًا حكى البرقي عنه القولين، وقول ابن القاسم في هذا السماع أظهرها، ولو قال لعبده: أنت حر قبل موتك بكذا وكذا فيعجل عتقه على قول ابن القاسم، ولا عتق عليه على قول أشهب.

وفيها: من قال: أنت حر يوم أموت كقوله: أنت حر بعد موتي، وناقضوها بقول مالك فيمن قال لزوجته: أنت طالق يوم أموت أنه يعجل عليه.

قال الصقلي: فينبغي عليه أن يكون في قوله: أنت حر يوم أموت معتقًا إلى أجل.

قلتُ: وقد يفرق بأن وقفه على الموت، ظاهره كونه بعده فلما كان العتق يصح بعد الموت حمل عليه فلا يرجحان حمل اللفظ على ظاهره، وإنما لم يصح الطلاق بعد الموت حمل على أنه قبله صونًا للفظ من حمله على الإهمال.

[باب المدبر]

المدبِّر هو المالك السالم عن حجر التبرع[1].

سمع ابن القاسم: تدبير ذات الزوج عبدًا لا تملك غيره نافذ لا رد لزوجها فيه.

ابن القاسم: إنما فرق تدبيرها إياه كله وبين عتقها إياه؛ لأن التدبير لا يخرج من يدها شيئًا هو موقوف معها حتى يخرج من ثلثها، فلا حجة لزوجها؛ إنما هي وصية،

(1) قال الرَّصاع: ويدخل في ذلك تدبر ذات الزوج، إذا لم يكن لها غيره، وأجرى ذلك مجرى الوصيَّة فانظره.

وكرهه سَحنون ورأه خطأ لا شك فيه. وقاله الأخوان.

ابن رُشْد: روى عن مالك مثل قول ابن الماجِشُون وسَحنون.

وروى محمد بن يحيى السبائي: في امرأة دبرت نصف عبد لا تملك غيره، ولها زوج لا يدبر عليها كله، ولا يكون مدبرًا إلا ما دبرت؛ لأن زوجها يمنعها من ذلك، وفي هذه الرواية نظر، وقياس مذهبه أن لا يكون منه مدبرًا إلا ثلثه.

قال ابن الحاجب: المدبر وشرطه التمييز لا البلوغ فينفذ من المميز لا من السفيه.

قلتُ: قوله ينفذ من المميز واضح ترتيبه على الشرط المذكور، وقوله لا السفيه ترتيبه عليه مشكل؛ لأنه مميز إلا أن تريد به معنى الاستثناء.

وقال ابن عبد السلام: ظاهر كلامه أنه ينفذ من الصغير، وهو ظاهر كلام ابن شاس، وهو مشكل لأن غير المكلف لا يلزمه شيء من التزاماته، وإنما لزمت الوصيَّة إذا مات استحسانًا.

ونحوه لابن هارون: وهو واضح إن حمل قوله فينفذ من المميز على اللزوم، وإن حمل به على صحته دون لزومه فيصير كالوصيَّة فيصح، وقد يؤيده ما تقدم من قول ابن القاسم في ذات الزوج لا حجة لزوجها إنما هي وصية.

وقال الباجي في ترجمة وصيَّة الصغير: قال عبد الملك: لا يجوز تدبير من لم يحتلم.

وقولها: تدبير السكران لازم كعتقه يبطل قوله وشرطه التمييز.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: لا يجوز تدبير المولى عليه، وإن حسنت حاله ولا يلزمه ولو كان ماله واسعًا، وإنما هو كالعتق، وكذا قال مالك في العتق.

ابن رُشْد: لابن القاسم في المدنيَّة مثل قوله هذا.

وقال ابن كنانة فيها: إن لم يكن له غير ذلك العبد لم يجز تدبيره، وإن كان ماله واسعًا ليس العبد بالذي يجحف بماله كان ذلك له وجاز، وإن دبر عبدًا هو وجه رقيقه أو أكثرهم ثمنًا أو جارية مرتفعة هي جل ماله لم يجز.

وقول ابن القاسم هو القياس، وقول ابن كنانة استحسان.

وقال الباجي في ترجمة وصيَّة الصغير وتدبير السفيه: يجوز في قليل الثمن لا في كثيره قاله عبد الملك.

وقال أشهب: لا يجوز تدبير المولى عليه ويبطل.

وقال ابن القاسم: له أن يدبره في المرض، فإن صح بطل.

وقال ابن كنانة: يجوز تدبيره وما لا يقع إلا بعد موته، وإنما يمنع من ماله في حياته.

وفيها: إن أسلم مدبر النصراني أو ابتاع مسلمًا فدبره أجرناه عليه، وقبض غلته ولا يتعجل رقه بالبيع، وقد يعتق بموت سيده، فإن أسلم رجع إليه عبده وكان له ولاؤه، وقال غيره: لا يجوز للنصراني شراء مسلم، فإن أسلم عبده، ثم دبره أعتق عليه؛ لأنه منعنا من بيعه عليه بالتدبير.

اللخمي: إن أسلم بعد التدبير مدبر النصراني، فاختلف هل يبقى على تدبيره أو يؤاجر إلى موت سيده، أو تباع رقبته ويدفع ثمنه إلى النصراني، خرجه عبد الوهاب: من أم ولده إذا أسلمت، لأن أم الولد أقوى من التدبير وهو صواب، وإن أسلم ثم دبره لم يبع قولًا واحدًا، واختلف هل يؤاجر لموت سيده أو يعجل عتقه، وإن اشتراه وهو مسلم ثم دبره كان فيه ثلاثة أقوال:

الأول: يمضي تدبيره إلى موت سيده.

وقيل: يعجل عتقه.

وقيل: الشراء كان غير منعقد وكأنه دبر عبد غيره.

الصقلي عن ابن حبيب: يقول الغير قال الأخوان قالا: وكذا لو أعتقه إلى أجل عجل عتقه، ولو كاتبه بيعت عليه كتابته.

الصقلي: لو أسلم مدبره فآجرنا عليه وقبض السيد إجارته وأتلفها ثم مات قبل أن يخدم العبد من الإجارة شيئًا، ولم يترك غيره فإن رضي العبد أن يخدم مدة الإجارة لرغبته في عتق كل ثلثه، فذلك له ويعتق كل ثلثه ثم يباع ثلثاه على ورثة سيده النصراني، ولا كلام لمن استأجره، وإن لم يرض العبد أن يخدم في حصته ما يعتق منه ولم يرض الذي استأجره أن يخدم ما رق منه لاستحقاق بعض ما استأجر بيع من جميعه بقدر

الإجارة، وعتق ثلث ما بقي وبيع على الورثة ما بقي بعد ذلك، وإن رضي المشتري أن يخدم ما رق منه للورثة فليبع من ثلثه بقدر ثلث الإجارة، ويعتق ما بقي من ثلثه ويستخدم المستأجر ثلثيه حصة ما رق منه للورثة، فإذا تمت الإجارة بيع على الورثة ما رق لهم منه إلا أن يسلموا قبل ذلك فيبقى لهم.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن قتل المدبر سيده خطأً عتق في ماله ولم يعتق في ديته، وكانت الدية عليه دينًا ليس على العاقلة منها شيء؛ لأنه إنما صنعه وهو مملوك، وإن قتله عمدًا قتل به، فإن استحياه الورثة بطل تدبيره وكان رقًا لهم.

ابن رُشْد: قوله تكون الدية عليه دينًا صحيح على ما في المدَوَّنة وغيرها.

قال أَصْبَغ في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات: وهذا إذا حمله الثلث فإن لم يحمله عتق منه محمله، وكان عليه من الدية بقدر ما عتق منه يؤخذ من ماله إن كان له مال، أو يبتع به دينًا إن لم يكن له مال، ولا يدخل فيما يؤخذ منه من الدية ولا يعتق فيها منه شيء، وقوله صحيح. وقوله إنه يبطل إن كان قتله عمدًا هو على قياس ما أجمعوا عليه من أن القاتل عمدًا لا إرث له ممن قتله.

قلتُ: وقتل أم الولد سيدها عمدًا.

قال الشَّيخ في الموازيَّة عن ابن القاسم: تعتق لأنه عتق لازم من رأس المال، وتقتل به إلا أن يعفو عنها، ولا تتبع بعقل في الخطأ بخلاف المدبر.

وقال عبد الملك: تتبع مثله عتقها؛ لأنه من رأس المال ولما كان عتقه من ثلث سيده بطل باستغراق دين سيده تركة، وما زاد منه على ثلثه يبطل لذلك.

اللخمي: إن ضاق الثلث وللسيد دين على حاضر مؤجل بيع بالنقد، وإن كان على غائب قريب الغيبة وهو حالٌّ استؤني بالعتق حتى يقبض الدين، وإن كان بعيد الغيبة أو على حاضر معدم وبيع المدبر للغرماء الآن، فإن قدم الغائب أو أيسر المعدم والعبد بيد الورثة عتق في ثلث ذلك بعد قضاء ذلك الدين، واختلف إن خرج عنهم ببيع.

فقال ابن القاسم في العتبيَّة: يكون ما يتقاضى للورثة ولا شيء للمدبر فيه.

وقال عيسى وأَصْبَغ: يعتق منه حيث كان، وهو ظاهر المدَوَّنة، والمعتق بعد موت

سيده كمن أعتق وعليه دين وله مال غائب بعيد الغيبة للغرماء والمعتق، فإن بيع لم ينقض البيع إن أتى ذلك المال، وإن طرأ للسيد مال لم يعلم به نقض البيع إن كان بالبلد أو قريب الغيبة، ويختلف إن كان بعيد الغيبة في موضع لو علم به لبيع ولم ينتظر ذلك المال حسبما تقدم لو علم به.

وفيها مع غيرها: لا يجوز بيع المدبر.

الشَّيخ عن الموازيَّة: ولا هبته ولا الصدقة به.

الصقلي: روى محمد إذا فسدت المدبرة بالزنا وكثرة الإباق فلا تباع، وإن رضيت وإن كان يبدل غيرها ولتؤدب على ذنوبها.

وفي نوازل ابن الحاج: كان ابن لبابة يجيز بيع المدبر إذا تخلق من مولاه وأحدث أحداثًا قبيحة لا ترضى، ذكره ابو عمر عنه على ما روي عن عائشة، وأول ابن رُشْد، فعل عائشة: بأنها رأت بطلان تدبيرها بأنها أرادت قتلها بالسحر، وذلك بين من قولها: أرادت تعجيل العتق، فحرمتها منه كحرمة القاتل الميراث.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من باع مدبرا ففات استرجاعه وجهل ما صار إليه جعل كل ثمنه في مدبر ليس كفواته بالعتق، والموت يكون له قيمته على الرجاء والخوف في الموت ويجعل الفضل في مدبر، أو يعين به في عتق إن لم يبلغ به تدبيرًا، وليس عليه في فوته بالعتق قليل ولا كثير؛ لأنه صار إلى خير مما كان فيه.

وقاله أَصْبَغ كله: وذلك من الذي عمي خبره احتياط لا واجب عندي، والقياس: أنه إذا استبرأ أمره وأيس منه كالموت، ولا يكون الموت أحسن حالًا؛ إنما هو بين أمرين عتق أو موت، كامرأة المفقود حين عمي خبره، جعل كموته في عدتها.

ابن رُشْد: قول أَصْبَغ القياس: إذا عمي أمره أنه كالموت غلط بين؛ لأنه يخشى أن يكون حيًا لم يمت ولم يعتق، وكذا قال محمد: قول أَصْبَغ غلط، وتفرقة ابن القاسم بين العتق والموت هو نص المدَوَّنة.

وقال التونسي: القياس أن يكون كل ثمنه لبائعه في موته كالعتق، قال: وكان القياس أن يشتري بكل الثمن مدبرًا مكان الأول، فيكون له منه خدمته حياته كما كان

له من الأول؛ لأنه إذا أخذ من ثمن الأول قيمته على الرجاء والخوف ناجزًا فقد حصل له أكثر مما كان له في الأول، إذ لم يكن له سوى خدمته، هذا معنى قول أبي محمد إسحاق دون لفظه، وهذا الذي قاله هو قول ابن كنانة في المدنيَّة، قال في الذي يبيع المدبر فيفوت بعتق أو غيره دون أن يتمخى من ثمنه.

قال عيسى عن ابن القاسم: هو له حلال يصنع به ما شاء، ورواية عيسى هذه في المدنيَّة هو الذي قاله التونسي من أنه لا فرق بين الموت والعتق لبطلان التدبير في الوجهين معًا، والذي اخترته أنا وبينت وجهه أنه يجب عليه أن يتمخى من الزائد على قيمته على الرجاء والخوف، فيجعله في مدبر فيتحصل فيها أربعة أقوال:

أحدها: لا يجب عليه أن يتمخى من شيء من ثمنه في الوجهين معًا.

والثاني: يجب ذلك عليه في جميع ثمنه في الوجهين معًا.

والثالث: أنه يجب ذلك عليه فيما زاد على الرجاء والخوف على قيمته في الوجهين معًا.

والرابع: الفرق بين الموت والعتق، ورواية عيسى عن ابن القاسم في المدنيَّة تنحو إلى قول ابن نافع، واختار محمد بن خالد في سماعه من كتاب الولاء على ما حمله عليه بعض أهل النظر، وهو صحيح.

وفيها: وإذا جنى المدبر وله مال، دفع ماله لأهل الجناية، فإن لم يكن له مال، قيل لسيده: أسلم خدمته أو افدها بباقي الجناية، وليس لسيده إسلامه في جنايته لقولها: وإذا جنى المبتل في المرض لم يسلم في جنايته؛ لأنه قد يعتق بعضه إن مات سيده، ولا مال له غيره.

ولدليل قولها: وإن جنى مدبر الذمي والمدبر ذمي، فله إسلامه عبدًا إذ لا امنعه بيعه.

وفيها: إن مات سيده والثلث يحمله، عتق وأتبعوه بما بقي لهم، وإن لم يترك غيره عتق ثلثه واتبعوه بثلث ما بقي لهم، وخير الورثة في فداء ما رق منه أوإسلامه.

التونسي: ولسيده متى شاء أن يقاص أهل الجناية بما أخذوا من الخدمة، ويدفع لهم

بقية الجناية؛ لأن دفعه الخدمة ليس بإسلام لجملتها؛ لأنه إذا استوفى المجني عليه أرشه رجع باقي الخدمة إلى السيد.

وقيل: إن سيده يخير في أن يسلم جملة الخدمة أو يفتديها؛ لأن ذلك القدر الذي يملك منه، وعلى هذا ليس له رجوع بعد أن أسلمها، وأنه إن مات سيده وخرج من ثلثه لم يتبع بشيء من بقية الجناية؛ لأن المجني عليه لما ملك جملة الخدمة كان زيادتها له ونقصها عليه، وإن لم يترك الميت غيره فعتق ثلثه ورق ثلثاه، فإن المجني عليه لا يتبع الثلث المعتق منه بشيء، وإن الورثة لا يخيرون فيما رق منه؛ لأن سيده لما أسلم الخدمة أسلم ما يكون عنها من رقبة.

وفيها: وأما المدبر يجني فتسلم خدمته، ثم يجني على آخر، فإنه يحاص الأول في الخدمة، ولا يجبر سيده ههنا، ولا من أسلم إليه بخلاف العبد.

قال ابن شاس: وخرج أبو القاسم وجهًا آخر، وهو أن يخير المجروح الأول في افتكاكه وإسلامه إن افتكه اختص بخدمته، وإن أسلمه بطل حقه من خدمته.

قلتُ: هو الجاري على القول الذي حكاه التونسي، نسي أن إسلامه إنما هو لحمله الخدمة أجمع، وهذا في المدبر لا في العبد.

وقال اللخمي: قال مالك: في العبد يجني جناية فلم يفتده سيده حتى جنى قال: يخير في افتدائه بالجنايتين، أو يسلمه فيتحاصان فيه بقدر الجنايتين، وعلى القول إنه بالجناية الأولى ملك للمجني عليه حتى يفتديه منه يخير الأول بين أن يفتديه أو يسلمه إلى الثاني.

وفيها مع غيرها: وولد المدبر من أمته يحمل بعد تدبيره مدبرًا لوجوب تبعية الولد أباه من أمته في حريته.

وفيها مع غيرها: دليل كونه بعد تدبيره ولادته لستة أشهر فأكثر من يوم تدبيره، وتقدم للخمي في هذا الأصل اختيار.

وفيها مع غيرها: ما ولد للمدبرة بمنزلتها والمحاصة بين الآباء والأبناء في الثلث ويعتق محمل الثلث من جميعهم بغير قرعة.

وفيها مع غيرها: وإذا دبر حاملًا فولدها مدبر بمنزلتها.

ابن عبد السلام: هذا مخالف لحمل أم ولد المدبر؛ لأن حمل المدبرة جزء منها بحيث لو استثني ما نفع، وحمل أم ولد المدبر ليس بجزء منه.

قلتُ: في قوله: (أم ولد المدبر) مسامحة؛ لأنها ليست أم ولد له، وعبارة المَدَوَّنة هي الصواب.

فيها في كتاب المكاتب: وما ولد للمعتق إلى أجل وللمدبر من أمته بعد ما عتق له ذلك بمنزلته، وما ولدته قبل ذلك أو كانت أمته حاملًا به حين العقد فرفيق، فانظر قوله: أو كانت أمته، وقوله: لأن حمل المدبرة جزء منه لم يزل ذوو النباهة يتعقبون هذا الإطلاق ويقولون: لو كان كالجزء لعتقت بعتقه لاتفاق المذهب على أن من اعتق أو دبر جزءًا من أمته لزمه ذلك في جميعها، وإذا اعتق جنينها أو دبره لم يلزمه فيها عتق ولا تدبير.

وفي أمهات الأولاد منها: قال ابن القاسم: وكل ما ولد لمكاتب أو مدبر من أمته مما حملت به بعد عقد التدبير أو الكتابة، فهو بمنزلته يعتق مع المكاتب في الأداء ومع المدبر في الثلث، فإذا عتقا كانت الأم أم ولد بذلك لهما كان الولد الآن حيًا أو ميتًا، وقاله مالك.

ولمالك قول آخر: إنها لا تكون بذلك أم ولد، وقاله أكثر الرواة في المدبر خاصة إذا كان لسيده انتزاعها، وأما المكاتب فهي أم ولد إذا عتق إذ كان السيد ممنوعًا من ماله وليس للمكاتب بيعها، وإن أذن له سيده إلا أن يخاف العجز، وليس للمدبر أن يبيع أم ولده في حياة سيده إلا بإذنه ولسيده انتزاعها.

الصقلي: وقال أشهب وعبد الملك: لا تكون أم ولد في مكاتب ولا مدبر ولا معتق إلى أجل.

قال محمد: وهو القياس، وربما غلب الاستحسان في بعض العلم، وقول مالك وابن القاسم أحب إليَّ.

وفي التفليس منها: والمدبر لسيد المدبر الصحيح انتزاع ماله، ولو فلس وليس

لغرمائه جبره على ذلك، أو على انتزاع أم ولده.

وقال اللخمي ما نصه: له في تفليسه انتزاع مال مدبره على المستحسن من القولين.

وقال ابن زرقون في ترجمة القضاء في أمهات الأولاد، سمع ابن القاسم: من حبس على رجل وشرط له أن يباع لغرمائه جبره على بيعه، فعليه يجبرونه على انتزاع مال أم ولده.

وفيها: ليس له ذلك في مرضه، ولم أقف على ذكر خلاف في ذلك لمتقدم.

وقال ابن هارون: حكى ابن رُشْد: في المريض أن له انتزاع ماله؛ لأنه ينتزع لنفسه وأظنه لابن نافع، ولم أجده لابن رُشْد فانظره.

وقال ابن حارث في ترجمة باب جامع من المدبر: واتفقوا في سيد المدبر يمرض أنه لا يجوز له أن ينتزع شيئًا من مال مدبره، قال: فإن وطئ في مرضه جارية مدبره فحملت منه؛ فقال ابن عبد الحَكم: تكون أم ولد له، وقال بعض أصحابنا: يأخذها المدبر بغير ولد؛ لأنه ليس للسيد انتزاع ماله.

وسمع ابن القاسم: من دبر عبده، واشترط ماله بعد موته يعني موت السيد جاز.

ابن رُشْد: وسمعه أَصْبَغ من ابن القاسم وقال به، فإذا مات السيد قوم المدبر ببدنه دون ماله ويصير ماله من أموال المسلمين، ومنعه ابن كنانة، وقال: ليس مما جاءت به السنة ويتبعه ماله.

وفيها: إن لم ينتزع السيد مال المدبرة حتى مات، قومت في الثلث بمالها، فإن حمل الثلث بعضها أقر المال كله بيدها.

الصقلي لسَحنون عن ابن القاسم: إن كانت قيمتها مائة وما لها مائة، وترك سيدها مائة عتق نصفها، وبقي مالها بيدها؛ لأن قيمتها بمالها مائتان، وثلث السيد مائة، وقاله مالك.

ابن حبيب: ورواه الأخوان، وروى ابن وَهْب عن مالك وقاله: إنه يجمع هو وماله لمال السيد، فإن خرج من الثلث بماله عتق، وبقي ماله بيده وإن حمل الثلث رقبته

وبعض ماله، عتق وكان له من ماله ما حمل الثلث مع رقبته، فإن لم يدع غير المدبر، وماله وقيمة رقبته مائة وماله ثمانمائة؛ عتق وكان له من ماله مائتان.

ابن حبيب: انفرد بهذا ابن وَهْب عن مالك وأصحابه، وبقول مالك أقول.

[كتاب الكتابة]

الكتابة: عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه[1]، فيخرج ما على مال

(1) قال الرَّصاع: الكتابة لغة معلوم اشتقاقها، وفيه أنقال مختلفة، فخرج عن ذلك اللغوية والكتابة العرفية ما ذكره الشَّيخ:، فذكر الجنس عتق، وتقدم حد العتق، وأنه رفع ملك.
قوله: (على مال) أخرج به العتق على غير مال، وهو البتل، والمعتق إلى أجل.
قوله: (مؤجل) أخرج به القطاعة.
قوله: (موقوف على أدائه) أخرج به العتق المعجل على أداء مال إلى أجل، فإنه ليس بكتابة.
قال الشَّيخ: بعد: فيخرج ما على مال معجل، ولذلك قال فيها: لا تجوز كتابة أم الولد، ويجوز عتقها على مال معجل، كأنه يقول: فوجد العتق على المال المعجل، ولم توجد الكتابة؛ فدل على أن العتق على المال المعجل غير الكتابة، فلذا زاد ذلك لإخراج ما ذكر، والله الموفق.
قال الشَّيخ ﷺ: ويخرج عتق العبد على مال مؤجل على أجنبي يعني: لقوله: من العبد، والمال هنا ليس من العبد، وما ذكره ظاهر.
(فإن قلت): لأي شيء جعل جنس الكتابة العتق، ولم يقل العقد، كما قال في التدبير وهو أظهر.
(قلت): ظهر لي هذا أولًا، ثم رأيت لبعض تلامذته الاعتراض عليه، وقال: الصواب أن يقول: عقد يوجب العتق على مال، ويؤيد ما ذكره، أن الكتابة سبب في العتق، لا أنها نفس العتق، وما اعترض به بعد يظهر أنه يرد بعضه عليه، والله أعلم.
ثم إن الشَّيخ: اعترض على كلام شيخه في قوله: إن حقيقتها العرفية معلومة، ولذا لم يتعرض لها المؤلف، ثم ذكر أن حقيقتها إعتاق العبد على مال منجم.
قال الشَّيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هذا الرسم المذكور زعم أنه معروف يدخل فيه عتقه على مال منجم على أجنبي، وليس كتابه ولا حكمه حكم الكتابة، وهذا الرسم وقع لعياض، ورد عليه بما ذكر الشَّيخ، وردوه أيضًا بأن الكتابة سبب في الإعتاق وفي العتق، وهذا يرد على حد الشَّيخ:.
(فإن قلت): هل يجوز أن يكاتب بعض عبده؟.
(قلت): قال مالك: لا يجوز ذلك.
(فإن قلت): هل يرد ذلك على الشَّيخ؛ لأن ذلك ليس كتابة، ويكون حده غير مطرد؟.
(قلت): حده لما هو أعم من الصحيحة والفاسدة.
(فإن قلت): إذا كان له شقص في عبد باقيه حر؛ فإنه تصح الكتابة على ما أخذوه منها، فكيف يدخل ذلك.
(قلت): هو داخل، وهي صحيحة، والأول داخل وهي فاسدة.

معجل ولذا قال فيها: لا تجوز كتابة أم الولد ويجوز عتقها على مال معجل، ويخرج عتق العبد على مال مؤجل على أجنبي.

وقال ابن عبد السلام: لما كانت حقيقتهم العرفية معلومة، وهي إعتاق على مال منجم لم يتعرض المؤلف إلى رسمها.

قلتُ: وهذا الرسم الذي زعم أنه معروف يدخل فيه عتقه على مال منجم على أجنبي، وليس بكتابة ولا حكمه حكمها.

ابن رُشْد: تجوز الكتابة عند مالك حالة ومؤجلة، فإن وقعت مسكوتًا عنها أجلت؛ لأن العرف فيها كونها مؤجلة منجمة، هذا قول متأخري أصحابنا.

وقال ابن أبي زيد في رسالته: الكتابة جائزة على ما رضي العبد وسيده من المال منجمًا، فظاهره أنها لا تكون إلا منجمة، وليس بصحيح على مذهب مالك؛ وإنما منعها حالة أبو حنيفة.

قلتُ: قول الشَّيخ وغيره لا يدل على منعها حالة؛ بل على عدم صدق لفظ الكتابة عليها فقط فتأمله. وحكمها الندب على المعروف.

اللخمي: قال مالك في الموطأ: سمعت بعض أهل العلم إذا سئل عن ذلك يتلو: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُواْ﴾ [المائدة: 2]، ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [الجمعة: 10] فجعلها على الإباحة.

وروى ابن القُصَّار: أنها مستحبة، وقاله مُطَرِّف في المبسوط.

الباجي: قال ابن شعبان: هي على الندب.

وقال إسماعيل القاضي، وعبد الوهاب: هي على الإباحة، ورواه ابن الجلاب.

اللخمي: إن كان العبد لا يعرف بسوء وسعايته من مباح، وقدر الكتابة ليس بأكثر من خراجه بكثير، فهي مندوب إليها، وإن كان أكثر منها بكثير فمباحة، وإن عرف بالسوء والإذاية فمكروهة، وإن كانت سعايته من حرام فهي محرمة.

ابن رُشْد: اختلف في جبر السيد عبده على الكتابة، فروى عنه إسماعيل القاضي له جبره، وهو الآتي على قوله في المدَوَّنة؛ لأنه إذا كان له أن يعتقه بتلًا على مال عليه بعد

العتق دينًا فأحرى الكتابة.

قلتُ: يرد بتحقق العتق في هذا، والكتابة معروضة للعجز بعد أداء جلها، ثم قال: وهو ظاهر سماع أشهب. واختلف قول ابن القاسم فيه فله: من كاتب عبده على نفسه وعبد السيد غائب أن الكتابة تلزمه.

وقال في العتق الثاني: من قال لعبده: أنت حر على أن تدفع لي كذا أو لم يسم الأجل، أنه لا يكون حرًّا إن لم يقبل ذلك العبد، واختار ابن بكير وإسماعيل القاضي الجبر.

اللخمي: لسيده جبره إن كانت بأزيد من خراجه بيسير.

وفي الجلاب: العتق على إلزام العبد مالا اضطراب في مسائل المدَوَّنة وطرق الأشياخ، وأقربها طريق عياض في التنبيهات.

قال ابن عبد السلام: قوله: أنت حر على ألف من غير أن يقول تؤدي أو تدفع أو غير ذلك لا يفيد شيئًا.

قلتُ: ظاهره أن هذا اللفظ لغو.

وقال عياض: المسألة الأولى: أنت حر، وعليك كذا أو على أن عليك هما سواء يعتق العبد، وإن لم يرض (فأما وعليك) فهو نص عتقها الثاني، وهو ظاهر قوله في على أن عليك من كتاب المكاتب.

قلتُ: فهذه المسألة والتي ذكر ابن عبد السلام سواء فتأمله.

عياض: قوله: (أنت حر، وعليك كذا، والعبد غير راض) فيها ثلاثة أقوال:

* قال مالك وأشهب: إلزام السيد العتق معجلًا، وإلزام العبد المال معجلًا إن كان موسرًا، ودينًا إن كان معسرًا.

* الثاني: مشهور قول ابن القاسم: التزام السيد العتق ولا مال له على العبد.

* الثالث: قولي عبد الملك وابن نافع: يخير العبد في إلتزام الدين إن لم يكن عنده المال وإلا رد ذلك وبقي رقيقًا.

قال: المسألة الثانية: أنت حر على أن عليك فيها أربعة أقوال:

الأول: قول مالك: بإلزام العتق والمال كقوله في الأولى.

الثاني: قول ابن القاسم في العتبيَّة: العبد مخير في التزام الدين، ويعتق أو رده.

الثالث: قول ابن القاسم على رأي بعضهم: مخير في القبول، ولا يعتق إلا بالأداء أو الرد، ويبقى رقيقًا على جوابه في المدَوَّنة: في أن على أن يدفع وتسويتهم بين اللفظين.

الرابع: قول أَصْبَغ: لا خيار للعبد ولا عتق حتى يدفع المال، فكأنه عنده من باب الشروط.

المسألة الثالثة: أنت حر على أن تدفع إلي فيها ثلاثة أقوال:

الأول: تخيير العبد في أن يقبل ويلتزم المال، ولا يعتق إلا بأدائه أو يرد ويبقى رقًّا، وهو قول مالك وابن القاسم في المدَوَّنة، وقول جميعهم فيما ذكره بعضهم.

الثاني: قول ابن القاسم في العتبيَّة: في أن عليك، وقول بعضهم هو سواء، وعلى أن تدفع ويخير العبد في الرضى بالعتق معجلًا، ويلزمه المال دينًا، أو يرد ذلك ويبقى رقًّا على ما فسرناه.

الثالث: تخريج بعض شُيُوخنا: أنه متى دفع المال كان حرًّا شاء العبد أو أبى ولسيده إجباره على دفعه، قال: وهذا على القول بإجبار السيد عبده على الكتابة.

المسألة الرابعة: أنت حر على أن تؤدي إلي الجواب.

فيها باتفاق: أن العبد لا يعتق إلا بالأداء، وله أن يرد ولا يقبل، ويتخرج فيها القول المخرج فوق هذا، وفرق بعضهم بينها وبين أن تدفع إلي وبعضهم سوى بينهما، وهو الصريح لتفويض التخيير للعبد لقوله تدفع وتؤدي.

المسألة الخامسة: إن أديت إلي أوأعطيتني أو جئتني أو إذا ومتى وشبه ذلك فظاهره في الحكم في العتق، ومآل الأمر إلى أنه لا فرق بين ذلك، وبين قوله على أن تدفع إلي وعلى أن تؤدي إلي، وأنه لا يلزم العتق إلا برضاه ودفعه ما لزمه، وأن له أن لا يقبل ويبقى رقًّا، ويدخله من التخريج الإجبار على الأداء على ما تقدم وعبر بعضهم عن هذه الألفاظ بقوله: على أن تؤدي إلي، إذا اعتقد التسوية بينهما، ولا فرق في مآل الحكم في ذلك.

وإن اختلفت عبارته عن المسألتين في الكتاب وغيره، لكن يختلف هل هو تفويض في أن وإذا ومتى، وللعبد ذلك، وإن طال الزمان، وهو قول مالك في المبسوط قال: له ذلك ما دام في ملكه، وإن طال زمانه، ويلزم ذلك ورثته من بعده، قاله في إذا ومتى.

وإن قال ابن القاسم: لا سبيل إلى بيعه في هذه الوجوه ولا هبته حتى يوقف عند الإمام، ويتلوم له أو يعجزه.

ومثله في المدَوَّنة، على قياس قول مالك وفي العتبيَّة: متى طال الزمان لم يلزم السيد ما جاء به، ونحوه للمخزومي، وفي المدَوَّنة والمبسوطة، ومذهب سَحنون: أنه متى قاما من المجلس، فلا حرية للعبد وإن جاءه بالمال.

قلتُ: الأظهر التفرقة بين أن وغيرها لا دلالة لأن على التراضي بوجه وتأمل هذا الأصل من مسائل التمليك.

الصقلي: قال ابن القاسم: الكتابة بالغرر جائزة، ولا تشبه البيوع ولا النكاح.

أبو محمد: بخلاف مراباة السيد عبده.

قال مالك في المدَوَّنة: لا تجوز.

محمد عن أشهب: من كاتب عبده على آبق أو شارد أو جنين في بطن أمه أو دين على غائب لا يعلم حاله، لم أحب ذلك، ولم يفسخ إن نزل، ولا يعتق العبد حتى يقبض السيد ما شرط من مال.

ابن القاسم في العتبيَّة: الكتابة بذلك كله جائزة، وإن لم يأت بذلك وأيس منه فقد عجز.

اللخمي: إن كان الغرر في ملك العبد فكاتبه على عبد له آبق أو بعير شارد أو جنين أو ثمر لم يبد صلاحه جاز.

وكرهه أشهب في الموازيَّة: فإن نزل مضى والأول أحسن.

وأجاز ابن القاسم في العتبيَّة: أن يكاتبه على أن يأتيه بعبده الآبق أو بعيره الشارد، وهو أحسن، واختلف في هذا الأصل هل هو كتابة لا تبطل بفلس ولا موت أو عدة فتسقط بإحداهما.

فقال ابن القاسم في الموازيَّة: من كاتب عبده على أن أعطاه عشر بقرات يقوم بهن على إن بلغت خمسين، فهو ح،ر فقال ذلك جائز ولا يفسخه إن رهقه دين، وعلى هذا لا تسقط بالموت، وفسخه في العتبيَّة بالدين، وقال: إن مات السيد فلا حرية له.

وقال ابن ميسر: ليست بكتابة.

قلتُ: وقعت المسألة في سماع يحيى.

ابن رُشْد: لم يرها ابن القاسم في هذا السماع كتابة، ولا في سماع أَصْبَغ، ورآها في سماع عيسى من كتابه العتق كتابة.

وقال أَصْبَغ هنا: إنها كتابة، إن لفظ فيها بلفظ الكتابة، ولم يفرق ابن القاسم بين قوله: أكاتب على أن تقوم عليها، فإذا بلغت كذا فأنت حر، وبين قوله: قم عليها فإذا بلغت كذا وكذا فأنت حر.

وتفرقة أَصْبَغ قول ثالث: فمن رآها كتابة كانت كتابة بالعدد زائد على ما دفع إليه، فإذا دفع إليه مائة على أن بلغت ثلاثمائة، فهو حر، فهو مكاتب بمائتين سواء تلفت الغنم التي دفع إليه أو سلمت، وهو نص أَصْبَغ.

ولابن كنانة: إن قال أكاتبك على أن أعطيك عشر بقرات، فإذا صارت خمسين فأنت حر، قال: يفسخ ذلك متى علم به، لكنه إن جاء خمسين قبل أن يعلم بذلك وسيده حتى عتق، فإن مات سيده كان موروثًا هو والبقرات، وليس قول ابن كنانة بخلاف لقول ابن القاسم في هذا السماع بخلاف قوله في سماع عيسى.

اللخمي: إن كاتبه على عبد فلان أو داره، فأجازه ابن القاسم، وقال أشهب يفسخ إلا أن يشتريه قبل الفسخ.

محمد: إن لم يشتره ودى قيمته.

وقال ابن ميسر: لا يعتق إلا بعبد فلان، وقول ابن القاسم أحسن.

ابن العطار: وإنما يكون له أن يدفع قيمته، إذا أبى سيده من بيعه إلا بزيادة على قيمته كثيرة، وإن كانت يسيرة مما يتغابن بمثله كعشرين في المائة، فعلى العبد شراؤه بذلك، قال: والغرر في الكتابة أوسع من النكاح، والخلع أوسع من الجميع.

وفيها: إن كاتبه على لؤلؤ غير موصوف لم يجز لتعذر الإحاطة بصفته.

عياض: هذا هو الصحيح خلاف قول غيره في تسويته بين الوصفاء واللؤلؤ.

وفيها: إن كاتبه على وصفاء حمران أو سودان ولم يصفهم جاز وعليه الوسط من ذلك الجنس.

الصقلي: وإن لم يصف الجنس، وفي البلد سودان وحمران، ولا غالب منهما أعطى النصف من كل جنس، وقال نحوه أبو عمران.

قال بعض شُيُوخنا: وإن لم يسم عددًا بطلت الكتابة.

وقال غيره: لا تفسخ ويكون عليه كتابة المثل ما لم تنقص عن وصفين.

محمد: وأجاز غيره كتابته على لؤلؤ غير موصوف كوصفاء لم يسمهم، واختلف على قول غيره، إذا لم يسم عددًا، فقال بعض الشُيُوخ: الكتابة باطلة، وقال بعضهم: تمضي بكتابة المثل ما لم تنقص عن لؤلؤتين.

قال ابن الحاجب: وإذا لم يصح تملكه كالخمر، رجع بالقيمة، ولا يفسخ لفساد العوض.

ابن عبد السلام: يريد إن فاتت الكتابة بالأداء مضت، وإن لم تفت لم يفسخ، وعقد الكتابة فوت، كمن اشترى عبدًا شراء فاسدًا وكاتبه؛ فإنه يحكم بقيمته.

قلتُ: الأقرب تفسيره نص عليها في كتاب العتق الثاني: وإذا اشترى العبد نفسه من سيده شراء فاسدًا، فقد تم عتقه، ولا يتبعه سيده بقيمته ولا بغيرها، إلا أن يبيعه نفسه بخمر أو خنزير، فيكون عليه قيمة رقبته.

وقال غيره: هو حر ولا شيء عليه.

قال ابن الحاجب: ولو شرط في الكتابة أن يشتري منه شيئًا، مضت ولم يلزمه الشراء.

زاد ابن شاس: ولو كاتبه وباعه شيئًا على عوض واحد، دفعة واحدة؛ صح ولزم البيع، والكتابة وقبله شارحاه، ولا أعرف نص هذه المسألة لأحد من أهل المذهب؛ وإنما هو نص الغزالي في الوجيز، فأضافه ابن شاس إلى المذهب، وقد مر الكلام عليه في

أمثاله، والصواب إجراؤها على نصوص أهل المذهب.

قال ابن رُشْد في سماع القرينين: الشروط في الكتابة على مذهب ابن القاسم وروايته قسمان:

قسم: حرام كشرط وطء المكاتبة، أو ما فيه غرر كشرط أن جنين الأمة عبد، ونحوه.

القسم الثاني: أن يكون لا حرام فيه، ولا غرر إلا أنه مخالف لسنة الكتابة كشرط أن لا يخرج من خدمته حتى يؤدي هذا يلزم فيه الشرط، وتصح الكتابة.

وقال ابن وَهْب في هذا الشرط: أن الكتابة منفسخة فأحرى أن يقوله في القسم الأول، فيتحصل فيها خمسة أقوال:

الأول: أن الشروط التي لا تجوز كلها سواء، تفسخ الكتابة إلا أن يترك السيد الشرط، وهو قول مالك في هذه الرواية.

الثاني: يبطل الشرط وتصح الكتابة، قاله أَصْبَغ.

الثالث: تبطل الكتابة، وهو الآتي على قول ابن وَهْب.

الرابع: تفرقة ابن القاسم بين القسمين المذكورين بما تقدم بيانه.

الخامس: الفرق بين شرط الحرام وغيره، فيبطل شرط الحرام، وتجوز الكتابة وتفسخ الكتابة فيما سواه من الشروط، إلا أن يتركها السيد، وهو تأويل بعض أهل النظر لرواية أشهب: وأجل الكتابة من حق العبد لا السيد.

وفيها: وللمكاتب تعجيل المؤجل من كتابته، ويلزم السيد أخذه، وتعجيل عتقه، وكون الأجل شرط في حقيقته الكتابة تقدم فيها الكلام.

وفيها: وإن كاتبه على عبد موصوف فعتق بأدائه، ثم ألفاه السيد معيبًا، فله رده ويتبعه بمثله إن قدر، وإلا كان عليه دينًا ولا يرد العتق.

وفيها: إن أدى كتابته وعليه دين، فأراد غرماؤه أخذ ما دفع للسيد، فإن علم أنه من أموالهم أخذوه.

قال ابن القاسم: ويرجع رقًّا.

الصقلي: يريد مكاتبًا، وهذا يدل عل أنه دفع له شيئًا تقدمت له فيه شبهة ملك أنه يرد عتقه، ويرجع مكاتبًا خلاف ماله بعد هذا.

قال مالك: وإن لم يعلم أنه من أموالهم لم يرجعوا على السيد بشيء.

الصقلي: قيل: معنى علم أنه من أموالهم، أنه منها بعينها، وقيل معناه: أن الدين استغرق ما كان بيده، وهو أصوب كالحر المستغرق الذمة.

قلتُ: ويؤيده ما في أخذ الصلح منها: ومن جنى جناية عمد، وعليه دين يحيط بماله، فأراد أن يصالح منها على مال يعطيه من عنده ويسقط.

القصاص من نفسه، فللغرماء رد ذلك.

الصقلي: معنى قوله: إن لم يعلم أن ما دفع من أموالهم، هو ما أفاده بعمل يده أو أرش جرحه، فإن أشكل الأمر هل ذلك من أموالهم، أو من عمل يده، وأرش جرحه لم ينقض عتقه، ولو اعترف السيد به لمضى العتق، واتبع الغرماء السيد بها قيض.

وقال سَحنون: ما اكتسبه من عمل يده الغرماء أحق به، وإنما له دونهم ما وهبه أو تصدق به عليه، أو أوصي له به بشرط أن يؤديه إلى سيده، ولو قامت الغرماء وبيده مال مجهول الأصل، فتنازعه الغرماء والسيد وقد عجز أو لم يعجز، وقد أشرف على العجز فالقياس أن يحتاط للغرماء بخلاف ما أداه السيد وعتق؛ لأن للعتق حرمة.

وفيها مع الموطأ قال مالك: قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: 33] هو أن يضع عن المكاتب من آخر كتابته شيئًا، ووضع ابن عمر خمسة آلاف درهم من خمسة وثلاثين ألفًا.

أبو عمر: هذا قول مالك وغيره، وهو على الندب، ولا يقضى به الباجي، ورواه الجلاب عن مالك.

وفيها: إن أراد المكاتب تعجيل ما عليه وسيده غائب، ولا وكيل له على قبض الكتابة، فليرفع ذلك إلي الإمام ويخرج حرًّا.

قلتُ: ونحوه في الحالف على القضاء لأجل يخشى حلوله.

وفيها: وإن كاتبه على طعام مؤجل، جاز أن يصالحه منه على دراهم معجلة، ولا

بأس أن تفسخ ما على مكاتبك من عين أو عرض، حل أو لم يحل في عرض معجل أومؤجل مخالف للعرض الذي عليه؛ لأن الكتابة ليست بدين ثابت، لأنه لا يحاص بها في فلس المكاتب ولا موته؛ وإنما هو كمن قال لعبده: إن جئتني بكذا فأنت حر، ثم قال له: إن جئتني بأقل من ذلك، فهذا لا بأس به.

قال ابن شهاب: لم يتق أحد من الصحابة المقاطعة على الذهب والورق، إلا ابن عمر.

اللخمي: إذا فسخ الدنانير في دراهم إلى مثل الأجل أو أبعد أو أقرب أو فسخ الدنانير في أكثر منها إلى أبعد من الأجل، فأجازه مالك.

وابن القاسم: وإن لم يعجل العتق، ومنعه سَحنون إلا أن يعجل العتق، وكذا إن كانت عينًا ففسخها في عروض، وعكسه، فإن أخذ ما انتقل إليه نقدًا جاز، وإن كان إلى مثل الأجل أو أقرب أو أبعد، جاز عند مالك وابن القاسم، لا عند أشهب إلا أن يعجل العتق.

قلتُ: في ثالث سلمها: فإما أن يبيع من المكاتب نجم مما عليه من الطعام، فلا يجوز؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، وإلا يجوز أن يبيعه جميع ما عليه فيعتق به، كذا قاله البراذعي والصقلي عنهما وزاد وقيل: يجوز وإن لم يتعجل عتقه، ولم أجده في المدَوَّنة.

اللخمي: وإن أراد السيد حل الكتابة وأبى المكاتب، أو أراده المكاتب وأبى السيد فالقول قول المتمسك، واختلف إن رضيا معًا بالفسخ.

فقال مالك: إن كان له مال ظاهر لم يكن له ذلك، وإن لم يكن له مال ظاهر كان ذلك لهما، فإن أظهر بعد ذلك أموالًا كتمها، لم يرجع عما رضي به، وقال أيضًا ذلك له وإن كان ذا مال ظاهر إلا عند السلطان.

محمد: إن كان صانعًا ولا مال له، فله تعجيز نفسه، وعلى أصل سَحنون ليس له ذلك إلا عند السلطان، فإن كانت صناعة قائمة، وهو قادر على الوفاء منعه من العجز، واختلف بعد القول بالمنع إن رضي بالفسخ، ولم ينظر فيه حتى فات بالبيع أو بعتق المشتري، فقيل: البيع فوت، وقيل: ليس بفوت إلا أن يفوت بعتق، وقيل: يرد ولو فات

بالعتق، قاله ابن القاسم في الدمياطية: إن باعه برضاه جاز.

وفي المدَوَّنة: يفسخ إلا أن يفوت بعتق، ومحمل قول الغير في نقض العتق على أن له مالًا ظاهرًا لا يخشى رقه متى رد هذا العتق، وإن بيع بغير رضاه رد البيع، إن قام به العبد إلا أن يفوت بالعتق، فيسقط مقال العبد لصيرورته إلى حرية، ثم يختلف هل ينقض لما تعلق من الحق لغير العبد من الولاء على ما تقدم، إذا كان البيع برضاه.

قال ابن الحاجب: وتنفسخ بموت العبد، ولو خلف وفاء.

قلتُ: هو قولها: وإن مات المكاتب قبل دفع كتابته أو أمر بدفعها، فلم تصل للسيد حتى مات، فلا وصيَّة له.

وفيها: وإن ترك أم ولد لا ولد معها، وترك مالًا فيه وفاء بكتابته، فهي والمال للسيد.

وفيها: وإن مات المكاتب بعد موت سيده، وترك مالًا ولم يدع ولدًا، فذلك بين ورثة السيد، ويدخل فيه زوجاته؛ لأنه موروث بالرق

وفيها: وإن ترك المكاتب مالًا فيه وفاء بكتابته، وترك أم ولد وولدًا منها أو من غيرها؛ عتقت مع الولد فيه، وكذا إنِ ترك معه في الكتابة أجنبيًّا، وترك مالًا فيه وفاء بكتابته؛ فإن السيد يتعجلها من ماله، ويعتقَ بذلك من معه في الكتابة، وليس لمن معه في الكتابة من أجنبي أو ولد أخذ المال، وأداؤه على نجومه إذا كان فيه وفاء يعتقون الآن به لما فيه من الغرر.

وفيها: إن ترك المكاتب ولدًا أحدث في كتابته، ومالًا فيه وفاء بالكتابة وفضل أخذ السيد كتابته وما بقي أخذه ورثته ولده الذين معه في الكتابة؛ لأنهم ساووه في أحكامه بعقد الكتابة في رقها وحريتها، ولا يرث منه ولده الأحرار ولا زوجته، وإن كوتبت معه، ولا شيء للسيد مما فضل إلا أن يكون الولد الذي معه في الكتابة بنتًا أو بنتين؛ فله الباقي بعد النصف أو الثلثين.

قال ابن الحاجب: وتنفسخ بموت العبيد ولو خلف وفاء إلا أن يقوم بها ولد دخل بالشرط أو غيره بمقتضى العقد فيؤديها حالة.

قلتُ: اقتصاره على ذكر الولد؛ يدل على أن الأجنبي ليس كذلك، والمذهب: أنه مثله في عتقه بما خلفه المكاتب حسبما ذكرناه من نص المدَوَّنة.

وفيها أيضًا: إنما يرث المكاتب ممن معه في الكتابة الولد، وولد الولد، والأبوان، والجدود، والإخوة لا غيرهم من عم أو ابن عم.

الباجي: وروى الجلاب: لا يرثه إلا ولده فقط، وعزا محمد الأول لعبد الملك وابن القاسم مرة، قال: ثم قال هو وابن عبد الحَكم وأشهب وأَصْبَغ: يرثه من يوارث الحر من عم وغيره من رجال ونساء.

الباجي: وظاهر قول ابن عبدوس وأشهب: دخول الزوجة في ذلك.

وقال محمد: آخر قول مالك: لا يرثه ويعتق فيما ترك.

وقال الأخوان: لا يرثه ولا يرثها، ولا يرجع أحدهما على الآخر فيما أدى عنه في الكتابة.

ابن زرقون: وفيها قول رابع: أنه يرثه جميع الورثة إلا الزوجة.

وفي المدَوَّنة: ما ظاهره هذا، وإن كان ضمنها أنه لا توارث بينهم إلا فيمن يعتق بعضهم على بعض.

وفيها: وإن مات مكاتب وترك أم ولد وولدًا منها أو من غيرها، ولم يدع مالًا سعت مع الولد أو سعت عليهم إن لم يقووا، وقويت على السعي، وكانت مأمونة عليه.

وفيها: إن ترك مالًا يفي ببقية الكتابة، فلولده الذين معه في الكتابة أخذه، إن كانت لهم أمانة وقوة على السعاية، ويؤدونها نجومًا، ولا يدفع لمن معه في الكتابة غير الولد، ويستعجله السيد من الكتابة، ويسعون في بقيتها، فإن أدوا عتقوا وتبع السيد الأجنبي بحصة ما أدى عنه من مال الميت، وحاص به غرماءه بعد عتقه، وإن كانوا صغارًا لأخوة فيهم على السقي؛ فهم رقيق، وذلك المال للسيد.

اللخمي والصقلي عن محمد عن أشهب: يدفع المال لمن معه في الكتابة، وإن كان أجنبيًّا أو كان مأمونًا.

وفيها: وإن ترك أم ولد، وولدًا منها حدث في الكتابة فخشي الولد العجز؛ فلهم

بيع من فيها نجاتهم، كانت أمهم أو غيرها.

ابن القاسم: وأرى أن لا يبيع أمه، إن كان في بيع من سواها ما يغنيه.

الصقلي: قال سَحنون: يقرع بينهن أيهن يباع غير أمه، إلا أن يكون لكل واحدة ولد فيباع بقدرها.

وفي جناياتها: إن ترك ولدًا لا يقوون على السعي، وترك أم ولد ومالًا وفاء فيه ببقية الكتابة؛ دفع لها إن كان فيها أمانة، وقوة على السعي، فإن لم يكن فيها ذلك وفي ثمنها مع المال كفاف الكتابة؛ بيعت وأديت الكتابة، وعتق الولد أو يكون في ثمنها مع المال ما يؤدي إلى بلوغ الولد السعي، فإن لم يكن ذلك؛ رقوا أجمعون مكانهم.

[باب المكاتب]

المكاتب: من له التصرف في العبد ولا حجر عليه[1].

وفيها: للوصي أن يكاتب عبد من يليه على النظر، ولا يجوز أن يعتقه على مال يأخذه منه، إذ لو شاء انتزعه منه.

وفيها: إن كاتب النصراني عبده النصراني جازت كتابته، فإن أراد فسخها وبيعه لم

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (من له التصرف في العبد) هذا؛ هو المكاتِب بالكسر، وأطلق في التصرف في العبد، ظاهره بأي نوع كان حتى بالهبة، فعليه تصح مكاتبة الوصي، وقد أجازها في المدَوَّنة مع أن الشَّيخ أدخل ذلك في رسمه، وذكر ظاهرها شاهدًا وفيه بحث، ولو قيل: إنها اختلف فيها هل يراعى كونها من ناحية العتق؛ فلا تجوز من الوصي، أو من ناحية البيع؛ فتجوز، ويكون الحد قد أطلق فيه ليشمل القولين، لكان حسنًا، ولعل هذا قصده، ونص المدَوَّنة أنها من ناحية البيع.

وقد وقع قول الغير فيها: إنها من ناحية العتق، وعلى ذلك أجروا مكاتبة المريض إذا لم يحابى، وكلام ابن الحاجب معترض في قوله: وكتابة المريض، قيل: كالبيع، وقيل: يخير الورثة، قالوا: وإذا لم تكن محاباة فلا نظر للورثة، وكلامه مطلق.

قوله: (ولا حجر عليه) أخرج به إذا كان عليه حجر.

(فإن قلت): ذكر ابن الحاجب الصيغة، وذكر المكاتَب بفتح التاء، ولا بد من ذلك؛ لأن ذلك من أركان الكتابة.

(قلت): حقه أن يقول ذلك، ويؤخذ ذلك منه والله أعلم.

يمنع ذلك كما لو أعتقه، ثم رده في الرق.

وقال بعض الرواة: ليس له ذلك؛ لأنه من التظالم.

اللخمي: إن كانت بقدر الخراج، فهي من ناحية العتق، فله الرجوع، وإن كانت أكثر من الخراج بكثير، جاز كالبيع يحكم على السيد بتمامها، ولو أسلم العبد بعد كتابته، ففيها تباع كتابته من مسلم.

اللخمي: وقال إسماعيل القاضي يباع عبدًا، وهذا نحو الأول إن كاتبه بأكثر من الخراج بيع مكاتبًا، وإن كانت على الخراج أو ما يقاربه بيع مكاتبًا على نحو ما عقد له إلا أن يقول: أنا أرجع فيما عقدت له.

الصقلي: قولها إلا أن يسلم العبد؛ يريد: فتلزمه كتابته وعتقه، وهذا خلاف قوله في العتبيَّة: إن أعتق عبده، ثم أسلم العبد قبل أن يرجع في عتقه، فإن كان بان عن يده وصار كحال الأحرار، فلا رجوع له فيه، وإن كان يستخدمه بحالته التي كان عليها حتى أسلم، فله الرجوع، فلم يجعل لإسلامه حكمًا إلا بالبينونة، والبينونة تمنع الرجوع فيه، وإن لم يسلم.

ومكاتبة المريض عبده بغير محاباة في كونها كبيع، فلا قول لوارثه أو كعتق إن حمله ثلثه مضى، وإلا خير الوارث في إمضائه أو عتق ثلثه، نقلا اللخمي عن أحد قولي ابن القاسم، وثانيهما مع قول الغير، واختار أنها بمثل خراجه عتق، وبما فوقه بكثير بيع يعتبر فيه المحاباة.

وفيها: قال غيره: هي من ناحية العتق وتوقف نجومه، فإن مات سيده، وحمله ثلثه مضى، وإلا خير الوارث في إمضائه أو عتق ثلثه بما في يده من الكتابة، وقاله أكثر الرواة.

الصقلي عن محمد، وقاله أشهب: ولا يعجل عتقه إلا أن يكون لسيده مال مأمون، قال: وقال بعض القرويين: إذا حابى وقبض المحاباة، جعل في الثلث كل قيمة الرقبة، بخلاف محاباة المريض في بيعه؛ إنما يجعل في الثلث المحاباة؛ لأن كتابة المريض عتاقة، وإن حابى، وحمله الثلث لم يقوم في ذلك النجوم المقبوضة، ولا تضاف لمال العبد، وإن

لم يحمله الثلث، ردت النجوم إلى العبد، وعتق محمل الثلث منه بماله.

الصقلي: إنما يفترق الحكم عند ابن القاسم في أن يحابي أم لا؛ لأنه إن لم يحاب وحمله الثلث، عجل عتقه كبيع المريض بغير محاباة، وإن حابى وحمله الثلث، وقف لموت السيد؛ لأن المحاباة وصية، وإن لم يحمله الثلث في الوجهين خير الورثة في إجازة فعله أو يردوا إلى المكاتب ما قبض منه، ويعتقوا محمل الثلث منه بتلًا.

ابن الحاجب: ومكاتبة المريض، قيل: كالبيع، وقيل: يخير الورثة في إمضائها أو عتق ما حمل الثلث منه، وقيل: إن كانت محاباة.

قلتُ: ظاهر نقله: أن القول الأول مطلق، سواء كانت محاباة أم لا، وهذا لا أعرفه في المذهب.

وقال ابن شاس: وقيل: إن كانت محاباة خير الورثة، كالقول الثاني، وإن لم تكن محاباة سعى، فإن أدى وهو في المرض اعتبر في الخروج من الثلث الأقل من قيمة الرقبة أو قدر النجوم، وهذا القول أيضًا لا أعرفه.

وفيها: قلتُ: إن كاتبه وهو صحيح وأقر في مرضه بقبض كل كتابته، فإن كان له ولد؛ جاز ذلك، وإن ورث كلالة، والثلث يحمله قبل قوله: وإن لم يحمله الثلث لم يقبل قوله، وهي كمن قال في مرضه: أعتقت عبدي في صحتي، وقال غيره: يجوز إقراره مطلقًا، إن كانت الوصايا مما يبدأ عليها عتق هذا العبد.

وفيها: قال غيره: لا يقبل، وإن حمله الثلث، وقاله عبد الرحمن أيضًا غير مرة.

قلتُ: ونحوه قول الغير لابن القاسم في أول أمهات الأولاد.

وفيها: من كاتب بعض عبده، لم يجز ذلك، ولا يكون شيء منه مكاتبًا، وإن أدى لم يعتق منه شيء، وتعليل مالك وغيره ذلك بأنه داعية إلى عتق بعض العبد دون تكميل؛ يدل على جواز كتابة شقص ما باقيه حر.

اللخمي: إذا كان العبد معتقًا نصفه، فلمن له باقيه كتابته ويختلف في كتابته نصف نصفه، فعلى أنه ليس بزيادة فساد يجوز، قال: وإن كان نصفه مدبرًا فكاتب الآخر نصفه جاز إن كان في يوم من لم يدبر يسعى في كتابته.

قلتُ: أصل المذهب، ونص المدَوَّنة: أن من أعتق شقصًا من مدبر قوم عليه باقيه، وهو يمنع كتابة بعضه فتأمله.

وفيها: لا بأس بكتابة الصغير ومن لا حرفة له، وإن كان يسأل، قال غيره: لا تجوز كتابة الصغير، إلا أن يفوت بالأداء، أو يكون بيده ما يؤدى عنه، فيؤخذ ولا يترك له فيتلفه لسفهه ويرجع رقًّا، وكره مالك كتابة الأمة التي لا صنعة لها، مثل نقل الغير هذا نقل الباجي عن محمد عن أشهب: في الصغير والأمة التي لا صنعة لها.

وروى الدمياطي عن أشهب: أن ابن عشر سنين لا تجوز كتابته.

قال الباجي: فما زاد عليها زيادة بينة يحتمل أن يجيز أشهب كتابته، لقوته على السعاية، ومن لا حرفة له أجاز مالك كتابته، وروي منعه عن عمر قال في النوادر: وبه قال بعض البغداديين من أصحابنا.

قلتُ: تأمل ما نقله الباجي مع قول ابن عبد السلام قالوا: والحد الذي تجوز فيه كتابة الصغير هو عشر سنين فما فوقها، فإن أراد ذلك على قول أشهب؛ فهو خلاف نصه تمنع مكاتبة ابن عشر سنين، وإن أراد على قول ابن القاسم، فظاهر نقل الباجي عنه: جوازه، وإن لم يبلغ عشر سنين.

وفيها: إن كاتبا عبدا بينهما معًا كتابة واحدة جاز، وإن كاتبه أحدهما ولو بإذن شريكه؛ لم يجز.

الباجي: قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه؛ تجوز كتابة أحد الشريكين حصته في العبد بينهما بإذن شريكه، ونسبه أبو حامد الإسفراني لمالك.

اللخمي: واختلف إن نزل، فقال تسقط الكتابة، وإن أداها ويكون جميعه رقًّا.

قلتُ: ورد ما أخذ فيكون بينه وبين شريك بمثل مع رقبة العبد قبض الكتابة كلها أو بعضها، قال غيرها: إنما يكون بينهما إذا اجتمعا على قسمه، ومن دعا إلى رده إلى العبد؛ فذلك له إذ لا ينتزع ماله حتى يجتمعا.

قال اللخمي: وقال في المبسوط: يحلف السيد أنه ما كان يعلم أنه يعتق عليه إذا أدى، فإن حلف لم قوم عليه، وإن نكل قوم عليه بقيته، وظاهره: أنه لا يرد عتق ذلك

النصف، ويختلف على هذا إذا لم يكن له فيه شرك.

قلتُ: وعلى الأول نقل الباجي سماع ابن القاسم: في عبد بين ثلاثة كاتبه اثنان بإذن الثالث ثم قاطعاه بإذن الثالث فعتق نصيبهما، ثم مات المتمسك، وله ورثة يخدمهم في حظ وليهم سنين، ثم قام العبد يطلب أن يقوم على الذين قاطعاه، إن العبد رقيق كله وليرد اللذان كاتباه ما أخذا منه، فيكون بينهما وبين ورثة الميت.

وفيها: إن كاتب أحدهما حظه بغير إذن شريكه، ثم كاتبه الآخر بغير إذن شريكيه؛ لم يجز إذا لم يكاتباه جميعًا كتابة واحدة، وقال غيره إن تساويا في الأجل والمال جاز ذلك.

الصقلي: قيل إن كاتبه هذا بمائة إلى سنتين، وهذا بمائتين إلى سنة، فإن حط ذو المائتين مائة وأخره بالباقية إلى سنتين جاز، فإن أبى قيل للمكاتب: ترضى أن تزيد ذلك المائة مئة، وتجعلهما إلى سنة ليتفق الأداء، فإن فعل ذلك جاز، وإلا فسخت الكتابة.

قال ابن اللباد: لم يروه يحيى، وهو لابن الماجِشُون.

الصقلي: هو عندنا من رواية يزيد ابن أيوب.

وفيها: إن شرط على مكاتبته أن ما ولدت في كتابتها، فهو عبد فالشرط باطل، ولا تفسخ الكتابة، كما لا أفسخها في عقد الغرر بما يفسخ به البيع.

وفي سماع القرينين في هذه المسألة: تفسخ الكتابة إلا أن يسقط السيد شرطه.

ابن رُشْد: هو خلاف المدَوَّنة، وإنما يجبر على هذا السماع في إسقاط شرطه ما لم يستوف جميعها، وإن بقي منها درهم واحد، فإن استوفى جميعها بطل الشرط.

قلتُ: هو نقل الصقلي.

قال أشهب: تفسخ الكتابة ولو، لم يبق منها إلا درهم واحد، إلا أن يسقط السيد شرطه، فإن لم يعلم بذلك حتى أدت الكتابة، بطل الشرط.

وقال محمد: إن أدت ولو نجما واحدًا بطل الشرط، وإن لم تؤد شيئًا، خير السيد في إبطال الشرط أو فسخ الكتابة.

محمد: قال ابن القاسم وأشهب: ولو شرط المكاتب أن ما تلد زوجته وهي أمة

لسيده هم معهم في كتابتها جاز ذلك، وما تلده يدخل في كتابته، ولو باعها السيد أو وهبها لم يدخل مات لو بعد ذلك في كتابته.

أبو محمد: يريد باعها ولا حمل بها.

ابن القاسم: ولو كاتب السيد زوجته على حدة سقط شرط المكاتب في ولدها؛ يريد: ما تلد بعد كتابتها، ولا يجوز أن يشترطهم الأب، فإن لم يستفق لإبطال الشرط حتى ولدت فسد شرطه فيما لم يولد بعد، وما ولد قبل إبطال الشرط وبعد كتابة الأم؛ فهو مع كتابة الأب والأم يعتق مع أولهما عتقًا، وسعى منها معهما معونة لهما، ويرث من مات منهما قبل العتق، فإن عتق مع أولهما، لم يبق له مع الباقي سعاية ولا موارثه وما ولدته بعد إسقاط الشرط، فهو في كتابتها فقط، وإذا صحت كتابة أحد الشريكين فالحكم أن كل نجم بينهما على شركتهما.

الباجي: إن كاتباه على أن يبدأ أحدهما بالنجم الأول أبدًا، ففي الموازيَّة لا يجوز ذلك إلا أن يبدئه ببعضه، وتفسخ الكتابة؛ لأن من شرط ذلك لم يرض بالكتابة، إلا بجعل يزيده لا يدري ما يتم به.

وقال أشهب: تفسخ إلا أن يسقط ذو التبدئة شرطه.

وقال ابن القاسم: تمضي الكتابة ويسقط الشرط.

محمد: إن لم يقبض شيئًا، فكما قال أشهب: وإن اقتضى صدرًا منها فكما قال ابن القاسم.

وفيها: وإن حل نجم فقال أحدهما لصاحبه: بدئني به وخذ أنت النجم المستقبل، ففعل ثم عجز العبد عن النجم الثاني، فليرد المقتضي نصف ما قبض إلى شريكه؛ لأن ذلك سلف منه له، وبقي العبد بينهما، ولا خيار للمقتضي بخلاف انقطاعه، وهو كدين لهما على رجل منجمًا فبدأ أحدهما صاحبه بنجم على أن يأخذ النجم الثاني، ثم فلس الغريم في النجم الثاني، فليرجع على صاحبه؛ لأنه سلف منه.

الصقلي في الموازيَّة: إلا أن يعجز المكاتب أو يموت قبل محل النجم الثاني، فليس له أخذه حتى يحل النجم الثاني.

محمد: ولو حل النجم الثاني قبل عجزه، وتعذر على المكاتب، وانتظر ما يرجى له فعلى الشريك أن يعجل لشريكه سلفه، ثم يتبعان المكاتب بالنجم الثاني.

قال ابن القاسم في العتبيَّة: إن قدمه بنجم ثم حل نجم بعده، فقال له تقاض أنت وأقضني ما أسلفتك، فليس ذلك عليه ولا له قبله شيء إلا أن يعجز المكاتب، قال: ولو حل نجم فلم يجده لمكاتب إلا بعضه، فقال لشريكه: آثرني به وخذ حقك من النجم الثاني، ففعل كان ذلك سلفًا منه لشريكه، ويرجع عليه لحصته إن عجز المكاتب، ولو قال له آثرني به، وأنظر أنت المكاتب، فرضي على هذا الشرط، أو كان إنما سأله المكاتب أن يدفع ذلك لشريكه، وينظره هو بحقه؛ كان إنظارًا منه للمكاتب في الوجهين ولا يرجع به على الشريك إن مات المكاتب أو عجز، ويكون العبد بينهما، وهذا إذا لم يكن فيما جاء به زيادة على حق أحدهما، فلو كان فيه زيادة فأخذ ذلك الشريك بإذن شريكه، واشترط فيه إنظار المكاتب، لم يلزم ذلك في الزيادة؛ لأن ذلك من مصابة الذي لم يقبض وقبض هذا كله كقبض صاحبها؛ فإنما قبضها عنه وأحال بها القابض شريكه فيما لم يحمل له.

وفيها: لا يجوز لأحدهما مقاطعة المكاتب إلا بإذن شريكه، فإن قاطعه من عشرين مؤجلة على عشرة معجلة، ثم عجز قبل قبض شريكه مثل ما أخذه المقاطع، خير المقاطع في دفعه لشريكه ما فضله به ويبقى العبد بينهما.

وفي إسلام حصته من العبد لشريكه رقًّا، ولو مات المكاتب:

الصقلي عن محمد: لو قبض غير المقاطع أكثر مما أخذ المقاطع، ثم عجز المكاتب؛ لم يرجع عليه المقاطع بشيء، ويبقى العبد بينهما.

قال بعض القرويين: ولو لم يقبض المقاطع شيء، وقبض المتمسك شيئًا ثم عجز المكاتب إن كان الذي لم يقاطع إنما قبض ما حل له أجله، فلا رجوع للمقاطع عليه بشيء؛ لأنه رضي بتأخير المكاتب، وإن كان المكاتب عجل له ما قبضه منه قبل حلوله، فله فيه متكلم.

قال بعض أصحابنا: يكون للمقاطع أخذ المتمسك بنصف ما قبض.

الصقلي: أرى إن كان المتمسك قبض نجمًا مما حل له، فقام عليه المقاطع تحاصا فيه المقاطع بقدر ما قاطع عليه، فإن فضل شيء فهو للمتمسك هذا، إن لم يكن له مال غيره، فإن كان له مال أخذ منه المقاطع حقه، وتم للآخر ما عجل له محمد ولو كان قاطعه من عشرين على عرض أو حيوان، نظر إلى قيمة ذلك يوم قبضه، ثم يرد فضلًا إن كان عنده، ويأخذ حظه من العبد إن شاء.

وإن قاطعه على مكيل أو موزون، رد مثله ورد الآخر ما قبض، فكان بينهما مع رقبة العبد إلا أن يشاء أن يتماسك بما قاطعه به ويسلم حظه من العبد من العبد لشريكه.

وفيها: إن مات المكاتب عن مال؛ فللآخر أن يأخذ منه جميع ما بقي له من كتابته دون حطيطة، وإن لم يحل وما بقي من ماله بينهما على قدر حصصهما في المكاتب.

الصقلي: عن محمد ولو لم يأخذ المقاطع جميع ما قاطعه عليه حتى مات المكاتب ولم يترك إلا ما بقي عليه من الكتابة تحاصا فيه المقاطع بما بقي من قطاعته، والمتمسك بجميع ماله في الكتابة وقبله الصقلي.

وقال اللخمي: إن قاطع أحدهما عن حظه خمسين بعشرين، وتماسك الآخر بحظه خمسين، فلم يأخذ المقاطع العشرين حتى مات المكاتب، كان ما خلفه بينهما أسباعًا، فإن فضل بعد السبعين شيء كان بينهما نصفين.

والقياس: إن لم يقبض الذي قاطع العشرين أن يحاص بخمسين؛ لأنه يقول لم أترك الثلاثين إلا لأستبد عن صاحبي بعشرين، فإذا لم يستبد ضربت بأصل مالي، وهو خمسون، فإن صار له في المحاصة عشرون فأقل أخذه، وإن صار له فوق ذلك لم يزد على عشرين؛ لأن الشريك يقول: أنا أبدئك بالعشرين والفاضل لي.

الصقلي عن محمد: لو قاطعه بغير إذن شريكه، ثم عجز المكاتب أو مات، وقد أخذ المتمسك مثل ما أخذ المقاطع، أو ترك ما يأخذ الآخر منه ما بقي له، أو مثل ما أخذ المقاطع؛ فلا حجة للمتمسك على المقاطع، لا يختلف فيه ابن القاسم وأشهب، فإن عجز ولم يأخذ المتمسك إلا أقل مما أخذ المقاطع.

فقال ابن القاسم: يخير المتمسك في الرجوع على المقاطع بنصف ما فضله به

فيكون العبد بينهما أو يتماسك بالعبد كله، وليس للمقاطع أن يرد نصف الفضل ويرجع بحظه في العبد، بخلاف المقاطع بإذن شريكه.

وقال أشهب: إن تماسك هذا بالعبد، كان للمقاطع رد نصف الفضل، ويكون له نصف العبد.

محمد: يصير كأنه قاطعه بإذنه أو علم به فرضيه، ورواه عن مالك.

قال محمد: وعليه من أرضى من أصحاب مالك.

الصقلي: روى محمد: إن قاطع أحدهما على نصف حظه، وأبقى الربع الآخر مكاتبًا بإذن شريكه، فذلك جائز، فإن عجز العبد قبل أن يستوفي المتمسك خير المقاطع في دفعه لشريكه نصف ما فضله به، ويكون العبد بينهما نصفين أو المتماسك بما قبض، ويكون له ربع العبد، وللمتمسك ثلاثة أرباعه.

زاد اللخمي: وقال الداودي يكون الربع بينهما أثلاثًا مقسوما على ما بقي لكل واحد منهما فيه، وهو أقيس ولا فرق بين أن يبقى الربع للذي قاطع أو الأجنبي.

اللخمي: إن قاطعه أحدهما على عشرين، والآخر على مائة إلى أبعد من الأجل الأول، وتراضيا على ذلك جاز.

الصقلي: لا يجوز على قول سَحنون؛ لأنه لم يعجل عتقه.

اللخمي عن محمد: هذا إن كانت زيادة الثاني بعد قبض الأول ما قاطعه عليه؛ لأنه ليس له أن يضعفه حتى يستوفي الأول ما قاطع عليه.

قلتُ: قول اللخمي أولًا تراضيا على ذلك يوجب لغو تقييد محمد فتأمله.

اللخمي: فإن عجز قبل أن يقبض الثاني شيئًا، قيل: للمقاطع إن شئت رد لشريكك نصف ما عندك من الزيادة، ويكون بينكما، وإن عجز بعد أن قبض الذي زاد مثل ما قبض للذي قاطع كان العبد بينهما نصفين، قال: وإن قبض أكثرهما قبض المقاطع إلا أنه مثل حق جميع حقه الأول، فكذلك بينهما فلا تباعة.

قلتُ: كذا وقعت هذه فلا تباعة، وكذا نقلها ابن عبد السلام، وفي بعض النسخ بدل قوله: فلا تباعة على شياعه، قال: وإن قبض الزيادة التي زادها، كان عليه نصف

الزيادة إلى صاحبه.

والقياس: أن تكون الزيادة لمن قاطعه آخرًا وحده؛ لأنه ثمن لذلك التأخير، فإن شاركه فيه الأول كان الثاني قد خسر ذلك التأخير، وقوله إن كانت الزيادة بعد أن قبض الأول؛ لأنه ليس له أن يضعفه حتى يستوفي الأول ما قاطعه عليه وهم؛ لأن الثاني أخذه عن الأجل فكيف يقبض الثاني قبل الأول.

وفيها: ومن أعتق بعض مكاتبه في صحته في غير وصية، فهو وضع مال إن عتق نصفه وضع عنه نصف كل نجم، ولا يعتق عليه إن عجز، وكذا إن أعتق حصته من مكاتب بينه وبين رجل في غير وصيَّة وضع عنه حصته من كل نجم.

فإن عجز رق لهما وإن مات مكاتبًا أخذ المتمسك مما ترك ما بقي له وما بقي بينهما، فلو كان عتقًا؛ كان ما ترك للمتمسك خاصة، ويقوم على المعتق ما بقي من الكتابة، ولكان من ترك مكاتبًا وورثه بنون وبنات، فأعتق البنات حظهن أن لهن ولاء حظهن، وهن لا يرثن من ولاء المكاتب شيئًا، وإن أعتقن نصيبهن.

قلتُ: هذا المعروف من المذهب.

وقال أبو عمر في ترجمة القطاعة في الكتابة، وقال المغيرة والشافعي: إن وضع أحد الشريكين حظه من الكتابة؛ فهو كعتقه ويقوم عليه إن كان موسرًا، وكذا لو أبرأه مما عليه والولاء له.

وقال ابن القاسم: لا يعتق بذلك؛ لأنه وضع مال.

محمد: الفرق بين الوصيَّة والصحة: أنه في الوصيَّة شرك بين المكاتب والورثة فصار شريكًا للورثة بقدر وصيته، والصحيح: يقول لم أعط من الرقبة شيئًا؛ إنما أعطيت دنانيرًا ودراهم.

الصقلي: هذا فرق حسن.

وروى ابن سَحنون: أنه إذا اعتق نصف مكاتبه، فهو وضيعة إلا أن يريد العتق ويتعهده، فهو حر كله.

وقال بعض شُيُوخنا: لو أعتق عضوًا من مكاتبه كقوله: يدك حرة أو عينك عتق

عليه جميعه؛ لأنه قاصد للعتق.

ابن سَحنون: من قال لعبده: اخدم فلانًا سنة، وأنت حر فوضع عنه المخدم نصف الخدمة، فإن أراد أنه ترك له خدمة ستة أشهر، فهو كذلك، وإن أراد أنها ملك لك تشاركني في الخدمة وتصير لك ملكًا كان حرًّا مكانه، كمن وهب لعبده نصف خدمته.

قلتُ: لسَحنون لم قلت هذا، وهو إن أعتق نصف مكاتبه لم يعتق عليه، وكان وضع مالا؟ قال - وهو مفترق-: لا أقول شيئًا.

ابن سَحنون: الخدمة مقام الرقبة فهبة بعضها كهبة بعض الرقبة، فهو كمن أعتق نصف عبده، والمكاتب إنما يملك منه مال فعتق نصفه، وضع نصف ماله.

محمد عن أشهب: من قال لعبده: إن كلمت فلانًا فنصفك حر فكاتبه، ثم كلم فلانًا؛ فليوضع عنه نصف ما بقي من الكتابة يوم حنث، وإن عجز؛ رق كله ولا يلزمه حنث.

قلتُ: ينبغي على القول بأن الحانث بالمشي يمشي من حيث حلف، أن يعتق عليه بالحنث.

وقال اللخمي: في قول أشهب: هذا لما كانت يمينه على بر، ولو كانت على حنث، فقال: لأفعلن كذا كان عتيقًا.

وفيها: لا بأس أن يكاتب الرجل عبيده في كتابة واحدة، والقضاء أن كل واحد منهم ضامن عن بقيتهم، وإن لم يشترط ذلك ولا يعتق واحد منهم إلا بأداء الجميع وله أخذ الملي منهم بالجميع ولا يوضع عنه شيء لموت أحدهم، فإن أخذ أحدهم عن بقية رجع من أدى على بقيتهم بحصتهم من الكتابة بعد أن تقسم الكتابة عليهم بقدر قوة كل واحد منهم على الأداء يوم الكتابة لا على قيمة رقبته.

قلتُ: ولابن رُشْد في المسألة التاسعة من نوازل سَحنون ما نصه: قوله يعني المغيرة وبعضهم حملاء على بعض؛ ظاهره أنهم لا يكونون حملاء بعضهم عن بعض إذا كوتبوا كتابة واحدة، إلا أن يشترطوا ذلك، وهو خلاف ما في المدَوَّنة وغيرها.

الباجي عن محمد: ليس للسيد أخذ أحدهم بها على جملتهم مع قدرتهم على الأداء.

وفي فض الكتابة عليهم على قدر قوتهم على الأداء يوم الكتابة فقط، أو مع اعتبار رجاء أحوالهم التي يكونون عليها بعد ذلك، ثالثها: على عددهم، ورابعها: على قدر قوتهم مع قيمة رقابهم لها، وللصقلي عن محمد، ومحمد عن عبد الملك، وللخمي عن ابن الماجِشُون.

قال اللخمي: وأرى أن تقسم على القوة، وقيمة الرقاب حسبما يرى أنه كان يكاتب به كل واحد بانفراده، فقد يتساوون في القوة على الأداء، وثمن أحدهم عشرة والآخر مائة، ومعلوم أن السيد لو كاتبهم على الانفراد لم يساو بينهم.

قلتُ: حاصله أنه قول ابن الماجِشُون، وظاهر قوله: وأرى أنه عنده خلافه فتأمله.

اللخمي: إن كان فيهم صغير لا يقوى على السعي حتى مضت الكتابة، لم يتبع بشيء، وإن قوي عليها يوم الكتابة؛ قضي عليه بقدر ما يرى أنه يقوى عليه في كل سنة، ولو قوي بعد مضي بعض النجوم، فقال أشهب في الموازيَّة: يكون عليه بقدر ما يطيق يوم وقعت الكتابة على حاله.

وقال محمد: يوم الحكم لو كان هذا يوم الكتابة بالغًا.

وقال أَصْبَغ: يؤدي على قدر طاقته يوم بلغ السعي، لو كان بحالته تلك يوم وقعت الكتابة؛ لأنه يومئذ وقعت عليه حمالة الكتابة، ولو لم تنعقد عليه الكتابة، وحدث بعدها للمكاتب من أمته أو للمكاتب وبلغ السعي قبل انقضاء الكتابة، وصار له مال فلا سبيل لهم عليه في سعاية ولا مال إن كان أبواه في كفاية، فإن احتاجا سعى معهما أو أخذ المال.

وقيل: يفض باقي الكتابة عليه وعليهم، كمن كان موجودًا يوم عقدها، والأول أحسن.

قال: وقول مالك لا يحط عنهم شيء لموت بعضهم القياس حط ما ينوبه، وإن استحق أحدهم بملك أو حرية سقط ما ينوبه.

قلتُ: نقله الباجي عن الموازيَّة، قال: وابن حبيب عن أَصْبَغ: من أعتقه سيده، وأبى ذلك إشراكه فأدى معهم حتى عتقوا لم يرجع على سيده بما أدى.

قلتُ: وقال أبو حفص العطار في رجوعه عليه قولان، والصواب الرجوع عليه.

اللخمي: فإن عجز بعضهم وأدى الآخر كل الكتابة، فاختلف في صفة الرجوع.

قال الأخوان: ذلك على قدر قيمتهم يوم عتقوا لا يوم كوتبوا.

وقال أشهب: يوم كوتبوا.

أَصْبَغ: على قدر قيمتهم يوم كوتبوا وحالهم يوم عتقوا، لو كانت هي حالهم يوم كوتبوا.

والقياس: أن يرجع عليهم بها أدى عنهم مما كانوا يؤدونه لو لم يعجزوا على صفة الفض الأول قبل العجز؛ لأنه القدر الذي كانت الحمالة به.

وفيها لابن القاسم: إن أدى أحدهم الكتابة حالة رجع على أصحابه بحصصهم منها على النجوم.

الصقلي: يريد على ما تقع على كل واحد من الكتابة يوم عقدت على ما بينا، ويدخله الاختلاف.

ولابن حبيب عن ابن القاسم: يرجع عليهم على قدر قوتهم على الكتابة، قال: ففي ذلك خمسة أقوال:

قول على قدر قوتهم عليها.

وقول على قدر عددهم.

وقول على قدر قيمتهم يوم كوتبوا.

وقول على قدر قيمتهم يوم عتقوا.

وقول على قدر قيمتهم يوم كوتبوا، وحالهم يوم عتقوا لو كانت هي حالهم يوم كوتبوا.

وفيها: لا يرجع على من يعتق عليه بها أدى عنه، ويرجع على من سواهم إلا الزوجة لا يرجع عليها، وإن كانت لا تعتق عليه.

الصقلي عن محمد: اختلف قول مالك فيمن لا يرجع عليه من قرابته بها أدى عنه؛ فروى ابن القاسم: لا يتبع إخوته، ولا كل ذي رحم منه، ثم قال: كل من كانت له

رحم يتوارثون بها، فلا يرجع بعضهم على بعض، ثم قال: أما الإخوة والولد، فلا يرجع بعضهم على بعض، وأما الأباعد فنعم.

قال ابن القاسم: الذي آخذ به كل من يعتق على الحر إذا ملكه من القرابة ما يرجع عليه، ومن لا يعتق عليه يرجع عليه.

وقال أشهب: لا يرجع على كل ذي رحم منه، وإن لم يعتق عليه، ولا بينه وبينه ميراث، لا خالته ولا عمته ولا أحد بينهم وبينه رحم.

وفيها: إن أعتق أحد مكاتبيه وهما قويان على السعاية بغير رضى صاحبه، لم يجز فإن أديا عتقا، وإن عجز لزمه عتق من أعتقه، فإن رضي صاحبه لم يجز، فإن أديا عتقا وإن عجزا لزمه عتق من أعتقه، فإن رضي صاحبه وهو يقوى على السعي؛ جاز عتقه ويوضع عن الباقي حصة المعتق من الكتابة، وسعى وحده فيما بقي عليه.

ولما ذكره ابن الجلاب قال: وقيل ليس له عتقه، وإن أذنوا له فيه، ونقله الباجي عن الجلاب قال: وقيل: ليس له عتقه، وإن أذنوا له فيه بلفظ أنه رواية ثانية.

اللخمي: اختلف إن كان المعتق أقواهما أو مساويًا للآخر، فأجاب ابن القاسم: إن كان لا يخاف على الآخر العجز لعتق صاحبه ومنعه غيره، قال: لأنا لا ندري ما يصير إليه حال الباقي من الضعف، والأول أحسن إلا أن يكون دليل على ضعف هذا وقوة الآخر، وتخريج بعضهم: إمضاء عتقه برضى الباقين مع خوف عجزهم بسبب عتقه على القول بتعجيز المكاتب نفسه، وله مال ظاهر أحروي لحصول مصلحة عتق المعتق.

وفيها: من كاتب عبدين له أجنبيين كتابة واحدة، وحدث بأحدهما زمانة فأعتق السيد الزمن قبل الأداء، جاز عتقه وإن كره الصحيح، وتبقى جميع الكتابة على الصحيح، ولا يوضع عنه لمكان الزمن شيء، فإن أدى وعتق لم يرجع على الزمن بشيء؛ لأنه لم يعتق بالأداء.

اللخمي: إن أعتق القوي، ورضي بذلك الزمن، ففي إمضائه ورده قولان.

وفيها: إن كان لك عبد ولرجل الآخر عبد، لم يجز لكما جمعهما في كتابة واحدة كل منهما حميل بما على صاحبه لغرر الكتابة، إذ لو مات أحدهما أخذ سيده مال الآخر باطلًا

وهذا يشبه الرقبى.

اللخمي: ويختلف إن نزل هل يمضي ونقض الكتابة عليهما، وتسقط حمالة أحدهما عن الآخر.

وفيها: وتفسخ ما لم يؤد نجمًا أو صدرًا من الكتابة على ما تقدم في الشروط الفاسدة.

وقال الباجي في ترجمة حمالة الكتابة: إن كاتب رجلان عبدين لهما لم يجزه أشهب إلا أن يسقطا حمالة بعضهما عن بعض، وعقد الكتابة على جماعة عبيد لسيد واحد أو لسادات يفتقر إلى تقدير جملة الكتابة، دون تقدير ما يخص كل واحد؛ لأن المقصود فيها العتق لا الأعواض.

وعلى قول ابن القاسم: لا يجوز جمع الرجلين ثوبيهما في البيع، وأما على تجويز ذلك فلا يحتاج لفرق، ثم قال في آخر الترجمة المذكورة: ولو عبدان لرجلين فاختلف في جمعهما في كتابة لم يجزه أشهب؛ لأن كل عبد تحمل لغير سيده فهي كتابة متبعضة إلا أن يسقطوا حمالة بعضهم عن بعض.

ابن ميسر: ليس كما احتج لأن لكل واحد نصف كل عبد؛ وإنما يقبض كل واحد عن نصفه نصف الكتابة، فلم يقبض أحدهما عن غير ملكه شيئًا.

وقال ابن عبد السلام: إن عقد السيدان المالك كل واحد عبدًا لنفسه الكتابة عليهما لا على حمالة.

قال الباجي: إنها جائزة، ويجعل على كل واحد من العبدين ما ينوبه من جملة الكتابة، وأشار إلى أنه لا يختلف فيه كما اختلف في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع.

قلتُ: وفي دلالة لفظ الباجي على هذا الذي نقله عنه نظر فتأمله، لكن تعليل المَدَوَّنة وغيرها: المنع بالحمالة يدل على الجواز إن شرط إسقاطها.

وفيها مع غيرها: منع بيع سيد المكاتب إياه، وتقدم القول فيه إن وقع في مسألة التعجيز، وقول ابن القاسم فيه في الدمياطية وفي الموطأ: الأمر عندنا أن المكاتب إذا كاتبه سيده تبعه ماله، ولم يتبعه ولده.

وفيها: مع غيرها منع انتزاع ماله، فلو كتم سيده عند عقد الكتابة مالًا، ففي كونه له أو للسيد رواية اللخمي، ونقله عن يحيى بن سلام قال: وهو أحسن إن كان يرى أنه لو علم به، ثم انتزعه لم يكاتبه، وإن رأى أنه لو علم به أقره له، وزاد في كتابته وذلك قبل أداء كتابته كان له أن يزيد في كتابته قدر ما يرى أنه يزاد لذلك المال، وإن كانت الكتابة برضى العبد خير في الرضى بالزيادة، وإلا فسخت الكتابة إلا أن يرد المال، وإن أشكل الأمر هل ينتزعه أو يزيد في الكتابة، فالقول قول الغير فيما يقوله.

وفي الموطأ فيها: جواز بيع الكتابة.

اللخمي: قول ربيعة وابن أبي سلمة يمنع بيعها أقيس للغرر؛ لأنه إن أدى كان للمشتري الكتابة فقط، وإن عجز أول نجم كانت له الرقبة، وإن عجز عند آخرهم كانت له الكتابة والرقبة، وأصل سَحنون في مثل هذا: منع البيع مع الاختيار وجوازه عند الضرورة.

وفي رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم: سئل عن مكاتب بين رجلين أيبيع أحدهما حظه منه؟ قال: ما أعلم أن المكاتب يباع بعضه، وأكره ذلك.

سَحنون: إنما يكره بيع نجم من نجوم المكاتب، فأما ثلث ما عليه أو ربعه؛ فلا بأس به.

قال أَصْبَغ وسَحنون: إنما يكره بيع نجم من نجومه إن كان معينًا وإلا فلا بأس به؛ لأنه يرجع إلى كونه جزءًا.

ابن رُشْد: منع في هذه الرواية بيع أحد الشريكين في الكتابة حظه منها، وله مثله في سماع يحيى، وسَحنون خلاف قوله في الموطأ بإجازة ذلك، ولم يختلف قوله في منع بيع الرجل جزءًا من كتابة مكاتبه، وأجازه ابن القاسم في سماع أَصْبَغ كقول أَصْبَغ وسَحنون هنا، ووقع له في العشرة المنع كقول مالك، وإجازتها بيع نجم غير معين سواء اتفقت النجوم في العدد أو اختلفت، إن عرف عددها وعدد كل نجم، ففي جواز بيع جزء الكتابة ومنعها مطلقًا، ثالثها: لأحد الشريكين لا لمالك كل الكتابة لسَحنون مع أَصْبَغ، وأحد قولي ابن القاسم ومالك، مع قول ابن القاسم في العشرة والموطأ؛ وإنما

يجوز لأحد الشريكين بيع حظه من الكتابة إن باعه من أجنبي، وإن باعه من المكاتب لم يجز؛ لأنه كقطاعة ولا تجوز بغير إذن الشريك، قاله ابن الماجِشُون في الموازيَّة ومحمد، وهو قائم من قول مالك في الموطأ.

اللخمي: لا أعلم لمنع مالك بيع أحد الشريكين حظه من الكتابة وجهًا.

وفيها: لا بأس ببيع كتابة المكاتب إن كانت عينًا فبعرض نقدًا، وإن كانت عرضًا فبعرض مخالف له، أو بعين نقدًا وما تأخر كان دينًا بدين، وتقدم في كلام ابن رُشْد شرط علم عدد النجوم وقدرها.

الباجي: قال عبد الوهاب: إنما ينظر في بيع الكتابة فيما يجوز، ويمنع في البيوع إن باعها من غير العبد، وإن باعها منه؛ فذلك جائز على كل حال.

قلتُ: ولا بد من حضور المكاتب، ولا يكفي قرب غيبته كما في الدين؛ لأن ذاته مبيعة على تقدير عجزه، فلا بد من معرفتها.

وقال ابن عبد السلام: لا يشترط حضور المكاتب وإقراره؛ لأن الغرر في الكتابة مغتفر.

قلتُ: إنما الاغتفار في عقدها؛ لأنه طريق للعتق بخلاف بيعها فتأمله.

وفيها مع غيرها: إن أدى فولاؤه لبائعها، وإن عجز رق لمبتاعها.

الصقلي: قال أَصْبَغ: روى ابن القاسم: إن مات المكاتب بعد شراء كتابته؛ ورثه مشتريها كرده له بعجزه.

وروى الصمادحي والدمياطي عن ابن القاسم: من وهب كتابة مكاتبه فعجز؛ فهو رق للمعطي، وروى عنه أبو زيد يرجع لواهبه، وقاله أشهب ومحمد عنه: أنه للمعطي.

ابن عبد الرحمن: من اطلع على عبد اشترى كتابته على عيب به، فإن أدى الكتابة فلا رجوع لمشتريه بشيء، وإن عجز فرق فله رده، ويرد ما أخذ من كتابته، وقال غيره: ليس عليه رد شيء منها.

الصقلي: والأول أحسن؛ لأن المبيع الكتابة لا الرقبة.

وفيها: قال ابن المسيب: والمكاتب أحق بكتابته إن بيعت بالثمن.

وفي أمهات الأولاد منها: إن شاء المكاتب أن يكون أولى بها بيع من كتابته لتعجيل عتقه؛ فذلك له.

وفي الموطأ: هو أحق بكتابته ممن اشتراها.

ابن رُشْد: معناه عندي أنه أحق بها يعطي فيها ما لم ينفذ البيع فيها على ما قاله في سماع ابن القاسم من كتاب العتق: فيمن زوجته ثلثها حر، وثلثاها رقيق، وله منها ولد -أنه أحق بهم بالثمن الذي أعطى سيدهم إذا أراد بيعهم، ومثله لمالك في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب النكاح، وفي سماع أشهب بعد هذا ما ظاهره: أنه أحق بكتابته، وإن نفذ بيعها مثل ما حكى ابن حبيب عنه من رواية مُطَرِّف، وعن ابن الماجِشُون وأشهب وابن وَهْب وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ بخلاف رواية ابن القاسم: أنه يرى ذلك حسنًا، ولا يقضى به، وتصرف المكاتب كالحر، إلا في إخراج مال لا عن عوض مالي.

في المأذون منها: وللسيد رد ما وهبه المكاتب أو تصدق به.

وفي الجلاب: ويمنع المكاتب من العتق والصدقة والهبة، إلا بإذن سيده ويحتمل أن لا يجوز ذلك، وإن أذن له.

الباجي لابن القاسم في الموازيَّة: إن رد السيد عتق مكاتبه وصدقته، لم يلزمه ذلك وإن بقي بيده.

وفيها: ما اشتراه المكاتب بإذن سيده دخل في كتابته، إن كان ممن يعتق عليه إن ملكه، فإن ابتاعهم بغير إذنه لم يدخلوا معه في كتابته، ولا يبيعهم إلا أن يخشى العجز كأم ولد.

وروى أشهب: لا يدخل معه بإذن السيد، إلا الولد والوالد.

قال ابن نافع وغيره: لا يدخل إلا الولد فقط.

قلتُ: لم يحكه ابن الجلاب إلا عن ابن عبد الحَكَم.

اللخمي: وقال مالك وابن القاسم: يدخل الأب والجد والأخ وابن الأخ للعمات ولا الخالات، وقياد قول مالك: إن اشترى من يدخل بإذن السيد في شرائه دون إذن؛

فسخ شراؤه.

وفيها: وكتابة المكاتب عبده على ابتغاء الفضل جائزة، وإلا لم تجز وكذا قوله لعبده: إن جئتني بكذا فأنت حر.

وفي الولاء منها: إن أعتق المكاتب من سيده على مال، فإن كان بيد العبد لم يجز؛ لأنه قادر على انتزاعه، وإن لم يكن جاز على وجه النظر.

اللخمي: قال ابن القاسم: لا يجوز للمأذون ولمن أحاط الدين بماله كتابة عبد لهما؛ لأن الكتابة عتق إلا أن يجيزه الغرماء أو يكون في الكتابة وفاء بالدين، وأجاز ذلك للأب والوصي والمكاتب، فجعل الكتابة مرة من ناحية العتق، ومرة من ناحية البيع فعلى الأول تمنع في الأب والوصي والمكاتب، وأرى إن كانت بقدر الخراج أو فوقه بيسير أنها كالعتاقة، وإن كانت فوقه بكثير فهي كالبيع.

وفيها مع غيرها: ليس للمكاتب أن يتزوج، وإن رآه نظرًا أو يسافر إلا بإذن سيده إلا ما قرب من السفر مما لا ضرر فيه بحلول نجم أو غيره؛ فله ذلك.

الباجي: إن تزوج بغير إذن سيده، فأجازه جاز، وإن رده فسخ ولها ثلاثة دراهم وإن أذن له ومعه غيره في الكتابة، فقال أشهب: ليس له ذلك إلا بإجازة من معه في الكتابة، وإن كانوا صغارًا؛ فسخ على كل حال.

الصقلي: روى محمد: وله تزويج عبيده وإمائه.

ابن القاسم: إن كان على وجه نظر ورجاء فضل.

اللخمي: اختلف في سفر المكاتب بغير إذن سيده، فمنعه مالك وأجازه ابن القاسم إن كان قريبًا.

اللخمي: إن كان صانعًا أو تاجرًا قبل كتابته، فلسيده منعه، فإن بارت صناعته أو تجارته، واحتاج للسلف؛ لم يكن ذلك له إلا بحميل بالأقل من باقي كتابته أو قيمته، وإن كان شأنه السفر ومنه سعيه قبل كتابته؛ لم يمنع إلا في سفر يحل النجم عليه قبل رجوعه منه، وإن اتهم على ذلك منع إلا بحميل.

قلتُ: الحمالة خلاف المذهب.

وقول ابن شاس: ولا يكفر إلا بالصيام هو مقتضى قولها أنه كالعبد ولا أعرفه نصًّا في المذهب؛ بل للغزالي في وجيزه.

ابن شاس: لو اشترى المكاتب من يعتق على سيده صح، فإن عجز رجع للسيد وعتق عليه.

قلتُ: هو مقتضى أصل المذهب في إحراز المكاتب ماله، إن كان شراؤه إياه بغير إذن سيده، والأظهر إن كان بإذنه أن يعتق ولا أعرف نص المسألة لأهل المذهب بوجه؛ وإنما نص عليها الغزالي في وجيزه بلفظ ابن شاس.

وفيها: من كاتب أمته فليس له وطؤها، فإن فعل لم يحد أكرهها أو طاوعته، ويعاقب إلا أن يعذر بجهل، ولا مهر لها، ولا ما نقصها إن طاوعته، وإن أكرهها فعليه ما نقصها، وهي على كتابتها إلا أن تحمل فتخير عند مالك بين أن تكون أم ولد أو تمضي على كتابتها.

اللخمي: أجاز لها محمد العجز، وإن قويت على السعي، وليس بالبين، فإن مضت على كتابتها، فروى ابن سَحنون: نفقتها على سيدها ما دامت حاملًا.

ولابن حبيب عن أَصْبَغ: لا نفقة لها، وقول مالك أحسن.

وفيها: إن كان معها في الكتابة غيرها، فهي على كتابتها إلا أن ترضى هي وهم بإسلامها للسيد، ويحط عنهم حصتها من الكتابة، فتصير له أم ولد.

سَحنون: هذا إن كان من معها في الكتابة من يجوز رضاه، ولا يخشى عجزهم بإسلامها.

وفي جناياتها قال مالك: أحسن ما سمعت في جناية المكاتب، إن أدى جميع الأرش حالًا ولو جاوز قيمته؛ فهو على كتابته، وإلا عجز وخير سيده في إسلامه رقًّا وفدائه بالأرش وعجزه عن الأرش قبل القضاء عليه به وبعده سواء.

اللخمي: لا أرى أن يمكن من تعجيزه نفسه إلا بعد كشف السلطان لما عنده؛ لأنه لا يمكن من التعجيز مع القدرة على الوفاء، وإن لم ينظر في قوته من ضعفه حتى أدى الجناية، ثم يتبين أنه غير قادر على الجميع مضى فعله؛ لأن السيد لا يختار إلا بقاءه

من غير غرم، وإن لم يقم المجني عليه حتى أدى الكتابة، ولم يبق بيده ما يفي بالجناية عجز وخير السيد في فدائه وإسلامه.

قال ابن القاسم: ويسلم معه ما أخذ من النجوم بعد الجناية.

قلتُ: إن كان الذي أخذ من غير خراجه أسلمه معه، وإن كان من خراجه فمن قال: إنه مملوك للمجني عليه من يوم جنى من النجوم أسلم خراجه معه، ومن قال: إنما يملك يوم يسلم أسلم بغير خراج، وإن لم يقم المجني عليه حتى مات المكاتب ولم يخلف شيئًا سقطت الجناية، وإن خلف مالًا كان له الأقل مما خلف أو الجناية، فإن كانت أقل فالباقي لسيده، وهذا إن لم يكن عليه دين، فإن كان بدئ الغرماء بماله ولا محاصة لمجني عليهم معهم، فإن لم يفصل عن الدين شيء، فلا شيء للمجني عليه في الموت، وفي الحياة مقاله في الرقبة.

وفي جناياتها: وإن جنى على سيده، فلم يعجل له الأرش أعجزه.

وفيها: وإن جنى عبد المكاتب، فله إسلامه أو فداؤه على وجه النظر.

وفيها: من أعتق عبده بعد علمه أنه قتل قتيلًا خطأ سئل، فإن أراد حمل الجناية، فذلك له، وإن قال ظننت أنها تلزم ذمته؛ حلف على ذلك ورد عتقه.

الصقلي: وقال المغيرة: هو ضامن كما لو أولد أمته.

وفي اختصار ابن شاس وابن الحاجب: على هذا القول في النقل عن المذهب تعقب، وعلى الأول فيها: فإن كان للعبد مال مثل الجناية، أو وجد معينًا على أدائها مضى عتقه، وإلا بيع منه بقدرها، وعتق ما فضل، وإن كان لا فضل فيه أسلم رقًّا لأهل الجناية.

الصقلي عن محمد: إن لم يجد معينًا وفي قيمته فضل، ولسيده ما يعتق فيه باقيه عتق كله وغرم السيد الأرش.

قال بعض أصحابنا: ويجب على هذا أن لا يحلف السيد.

محمد قال ابن عبد الحكم: إن حلف سيده رد عتقه، ثم يخير في أن يفديه ويبقى له رقًّا، أو يسلمه عبدًا فعجبت من قوله، ثم أخبرت بمثله عن أشهب.

وفيها قال مالك: إذا قتل المكاتب قوم على هيئته في الحال التي كان عليها.

وفيها لابن القاسم: لو أن مكاتبًا أدى كل كتابته إلا درهما واحدًا، وآخر لم يؤد شيئًا قتلهما رجل وقوتهما على الأداء سواء، وقيمة رقابهما سواء لم يلتفت إلى ما أدى من الكتابة، وقيمتها على قاتلهما سواء.

اللخمي: إن قبل المكاتب قوم عبدًا إلا كتابة فيه؛ لأن عقد العتق سقط حكمه بالقتل، وقاله ابن القاسم في المدَوَّنة، فذكر قوله المتقدم ذكره، وزاد ألا أن تكون قيمته مكاتبًا أكثر فله قيمته مكاتبًا؛ لأنه كان قادرًا على بيع كتابته.

وسمع أشهب: على قاتل المكاتب قيمته بما عليه من الكتابة.

ابن رُشْد: يريد يقوم على أنه مكاتب عليه من كتابته بقية كذا وكذا على ما يعرف من قدرته من تكسب المال دون اعتبار ماله؛ لأنه يبقى لسيده، وهذا معنى قول مالك في المدَوَّنة، ولاحتمال لفظ الحال المال طرح سَحنون في المدَوَّنة: قوله في الحال التي كان عليها إلا أن قوله من هذه الرواية يغرم قيمته بما عليه من الكتابة، خلاف قوله لا ينظر إلى ما أدي من كتابته، ولا إلى ما بقي منها، فيقال على هذه الرواية كم قيمته على أنه مكاتب، وقوته على أداء الكتابة كذا وكذا، أو عليه من كتابه كذا وكذا ولا مال له.

ويقال على ما في المدَوَّنة: كم قيمته على أنه مكاتب وقوته على أداء كتابته كذا وكذا، ويسكت عما عليه من الكتابة ولا مال له أيضًا، وإنما يقوم بماله في العتق إذا أوصى بعتقه.

قلتُ: ففي كون الواجب في قيمته عبدًا أو مكاتبًا معتبرًا فيه قوته على الأداء وقدر ما عليه من الكتابة، ثالثها: هذا مع لغو اعتبار ما عليه من الأداء.

اللخمي: عن ابن القاسم فيهما، وسماع أشهب وابن رُشْد عن قول مالك فيهما، ورابعها للخمي الأكثر من قيمته عبدًا أو مكاتبًا.

قال عن ابن القاسم: من أوضحه فعليه نصف عشر قيمته مكاتبًا على حاله؛ لأن جرحه لم يخرجه عن كتابته، فإن كان الجرح مما ليس فيه تسمية معلومة قوم ما نقصه لو بيع على أنه مكاتب.

قلتُ: وفي جناياتها ومن اغتصب أمة نفسها، أو أم ولد أو مكاتبة أو مدبرة فلم ينقصها ذلك؛ فلا شيء عليه إلا الحد، وإن نقصها غرم ما نقصها، وكان ذلك للسيد إلا في المكاتبة، فإن سيدها يأخذه ويقاصها به في آخر نجومها، وإنما يقوم من ذكرنا ممن فيه علقة رق وفي الجناية عليه قيمة عبد.

قلتُ: وهذا خلاف نقل اللخمي عن ابن القاسم فتأمله.

قال ابن شاس: إن اختلف السيد والعبد في أصل الكتابة أو الأداء فالقول قول السيد.

قلتُ: ولا يمين عليه في الأولى لعروض تكريرها ويحلف في الثانية، وإن اختلفا في قدرها، ففي كون القول قول العبد أو السيد قولها، ونقل الصقلي عن ابن عبد الحكم عن أشهب: بناء على أن الكتابة شرط أو لا؛ لأنها متنازع في ثبوتها.

اللخمي: يتخرج على قول أشهب في شرط وطء مكاتبته أنها تفسخ ما لم يؤد نجمًا يتحالفان ويتفاسخان ما لم يؤد نجمًا، فإن أداه تحالفا ورجعا لكتابة المثل ما لم تزد على ما ادعاه السيد أو تنقص عما أقر به العبد، وهو أصل أشهب في فوت السلعة في البيع، هذا إن أتيا معًا بما يشبه ومن انفرد منهما بالشبه قبل قوله: مع يمينه اختلفا قبل أداء نجم أو بعده، وكذا إن اختلفا في جنس الكتابة على قول ابن القاسم: الكتابة فوت يتحالفان ويرى أن كتابة مثله عينًا، فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر فالقول قول الحالف، وإن قال أحدهما: دنانير والآخر دراهم وقدرها سواء، فلا تحالف، واشتري بها قاله العبد ما قاله السيد، فإن قال أحدهما: عينًا والآخر عروضًا؛ فالقول قول مدعي العين إلا أن يدعي قدرًا لا يشبه.

وفيها: إن اتفقا في القدر واختلفا في كثرة النجوم صدق العبد.

اللخمي: ما لم يأت في قدر النجوم بما لا يشبه، وإن اتفقا في التأجيل واختلفا في حلوله؛ صدق العبد، وإن اختلفا في كون القطاعة حالة أو مؤجلة.

فقال أَصْبَغ: صدق السيد هذا إن كانت القطاعة على أقل من الكتابة، وإن كانت بما يساوي الكتابة أو أكثر صدق العبد في فسخها في قدرها لمثل ذلك الأجل ودونه أو

أكثر منه إن أتى بما يشبه إن كان عجل عتقه، وإن لم يعجله تحالفا وتفاسخا ورجعا للكتابة، وإن اختلفا في جنس ما تقاطعا عليه من عروض أو مكيل أو موزون تحالفا إن لم يكن تعجل عتقه فإن عجله صدق العبد.

[كتاب أم الولد]

أم الولد: هي الحر حملها من وطء مالكها عليه جبرًا[1]، فتخرج المستحقة حاملًا

(1) قال الرَّصاع: قوله: (هي الحر حملها) هذا جنس أي: التي نسب لحملها الحرية، وثبوت الحرية لحملها أعم من الأصالة والعرض، فالأصالة وضع النطفة في رحم الأمة المملوكة لوطئها، والعرض كعتق الحمل بعد تقرر ملكه؛ فتدخل فيه الأمة إذا أعتق السيد حملها.

وكذلك يدخل فيه إذا تزوج أمة أبيه؛ فإنه يعتق الحمل على جده، ويكون حرًا، واختلف هل يجوز شراؤها للابن من والده على قولين: فالمشهور يجوز الشراء، ولا تكون أم ولد، والقول الثاني في المدَوَّنة: أنه لا يجوز شراؤها.

قوله: (من وطء مالكها) أخرج به هاتين الصورتين وما شابهها؛ لأن الحرية فيهما ليست من وطء المالك.

قال الشَّيخ: ويخرج به إذا استحقت من تحت زوج وهي حامل؛ فلا يصدق عليها أم ولد؛ لأن الزوج وطؤه لم يكن عن ملك.

قال: وتدخل الأمة المستحقة حاملًا من مالك لها على أخذ قيمتها بولدها، أشار: إلى مسألة المدَوَّنة والرسالة وابن الحاجب؛ وهي إذا اشترى أمة وأولادها فاستحقها ربها، هل يكون لربها قيمتها وقيمة ولدها؟ أو قيمة أمة خاصة؟ فعلى القول بقيمتها وحدها؛ تكون أم ولد لواطئها؛ لأنه يصدق عليها الحر حملها من وطء مالكها.

قوله: (عليه جبرًا) عليه يتعلق بالجبر، وأصله مجبورًا عليه، الضمير يعود على الحرية المفهومة من الحر، وهي بمعنى العتق؛ معناه أم الولد هي الموصوفة بحرية حملها من وطء مالكها، حالة كون الحرية مجبورًا عليها مالكها، وجبرًا منصوب على إسقاط الجار، أو حال من المالك أي: حال كون المالك مجبورًا عليه، وأخرج بزيادة هذا القيد إذا أعتق السيد حمل أمته من عبده؛ فإن الحد يصدق على ذلك، لأنها حر حملها من وطء مالكها، لكنه ليس العتق مجبرًا عليه المالك، وهذا على أن العبد يملك، وبه استدل أهل المذهب؛ أعني وطؤه أمته بغير إذن سيده، هذا معنى كلام الشَّيخ: في قوله: وتخرج أمة العبد بعتق سيده حملها منه عنه؛ لأنه غير جبر.

(فإن قلت): إذا اشترى زوجته بعد حملها، وهي حامل هل تكون أم ولد أم لا؟.

(قلت): المشهور أنها تكون أم ولد، وقيل: لا تكون أم ولد؛ لأنه قد مسه الرق في بطن أمه.

(فإن قلت): وحد الشَّيخ يصدق على ذلك أم لا؟.

(قلت): الظاهر أنه يصدق عليها أم ولد بعد شرائه على من يقول به، وفيه بحث، وتأمل ذلك مع المسألة المعلومة إذا وقع استحقاق في أمة بعد حمل من مشتريها، فأخذها مالكها، ثم اشتراها بعد ذلك، هل تكون أم ولد بالوطء الأول أم لا؟ وفي ذلك تفصيل إما أن يكون بحكم قاض وقع الرد =

من زوج؛ لأنه غير مالك، وتدخل المستحقة حاملًا من مالك على أخذ قيمتها بولد لها، وتخرج أمة العبد يعتق سيده حمله منها عنه؛ لأنه غير جبر.

وفي كون المعتق ولدها على واطئها بملكه لها بعد وضعه بعتق واطئها بكتابة أو تدبير قبل وطئها أم ولد له، ثالثها: في المكاتب فقط لقولي مالك وأكثر الرواة.

وفيها مع غيرها: تصير الأمة أم ولد بإقرار سيدها بوطئه إياها الناشئ عنه حملها.

الباجي: روى ابن سَحنون ومُطَرِّف: تكون الأمة أم ولد بكل ما أسقطته إذا علم أنه مخلق، وقال ابن القاسم في المدَوَّنة وغيرها: وإن لم يتيقن شيء من خلقه إذا اتفق النساء أنه ولد مضغة كان أو علقة أو دمًا.

اللخمي: إذا ادعت وطأه وأكذبها؛ صدق.

محمد: ولا يمين عليه، وإن كانت رائعة كدعوى العتق.

اللخمي: أرى أن يحلف إن كانت رائعة لتصديق العادة لها ولو قيل: لا يصدق في العلي إذا طال مقامها لكان له وجه، ولو علم من السيد ميله لمثل ذلك الجنس من الوخش لأحلف.

وفيها: إن أقامت شاهدين على إقراره بالوطء وامرأة على الولادة؛ أحلفت.

قُلتُ: مفهومه: أنها لو لم تقم امرأة على الولادة لم يحلف.

وقال اللخمي: إن اعترف بالوطء وأنكر الولادة ولا ولد معها؛ أحلف إذا ادعت علمه، وإن كان غائبًا حين تقول إنها ولدت؛ لم يحلف. قال: واختلف إن شهدت امرأتان بالولادة، فقال ابن القاسم: تكون أم ولد، ومنعه سَحنون إذا لم يكن معها ولد، واختلف إن كان معها ولد، فقال مالك في المدَوَّنة: يقبل قولها، وقال أيضًا: إن أنكر الوطء وأقامت رجلين على إقراره بالوطء وامرأتين على الولادة؛ كانت أم ولد، وثبت نسب ولدها إن كان معها ولد فساوى بين وجود الولد وعدمه، وأنها تقيم امرأتين على الولادة، وقال محمد: تصدق إن صدقها جيرانها ومن حضرها وليس يحضر لمثل هذا

أم لا، فإن كان بحكم فلا تكون أم ولد، انظرها وهي من مسائل البرادعي مما يجب فيه التفصيل في الجواب، انظرها والله أعلم.

الثقات فصدقها في القول الأول كالحرائر، وكذبها في الثاني لما علم من قلة حفظهن لأنفسهن، وأرى أن تراعى أحوال الولادة من اللبن ودم النخاسى وتغير الوجه هذا إن اختلفا، فربما تقول إنها ولدت ويرجح لشبه الولد لها أو له.

وفيها: قيل: فإن أقر بوطء أمته فأتت بولد فأنكر السيد أن تكون ولدته، قال: سئل مالك في المطلقة تدعي أنها أسقطت وانقضت عدتها ولا يعلم ذلك إلا بقولها، فقال: لا يكاد يخفى على الجيران السقط والولادة، وأنها لوجوه تصدق النساء فيها وهو الشأن؛ ولكن لا يكاد هذا يخفى على الجيران، فكذلك مسألتك.

قُلتُ: اختصرها أبو سعيد سؤالًا وجوابًا لإجمال الجواب.

وفي قذفها: من أقر بوطء أمته ثم أتت بولد، فقال لها: لم تلديه ولم تدع استبراء، وقالت: ولدته منك؛ صدقت والولد لاحق به.

وفيها: إن أقامت شاهدًا على إقراره بالوطء وامرأتين على الولادة؛ حلف السيد كما يحلف في العتق.

الصقلي: قال بعض شُيُوخنا القرويين: إن نكل دخله اختلاف قول مالك: إذا أقامت شاهدا بالعتق، ونكل عن اليمين.

الباجي: وإن شهد بإقراره بالوطء شاهد، ففي الموازيَّة: لزمته اليمين، وفي غيرها: إن أقامت شاهدًا على إقراره بالوطء، وامرأة بالولادة؛ فلا يمين، وقيل: يلزمه اليمين، وذكرهما عياض روايتين في المدَوَّنة قال: وكذا الخلاف في شاهدين على الإقرار وامرأة على الولادة.

وفيها: من أقر بوطء أمة وادعى بعده أنه استبرأها بحيضة، ونفى ما أتت به لولد؛ صدق في الاستبراء، ولم يلزمه ما أتت به من ولد لأكثر من ستة أشهر من يوم الاستبراء.

قُلتُ: قوله: (لأكثر من ستة أشهر)؛ يريد: أو لستة أشهر، وقد مر الكلام عليه في العدة.

اللخمي: فيما ينتفي به ثلاثة أقوال.

قول مالك فيما قال محمد: ولا يمين عليه.

ابن الماجِشُون: إنما ينتفي بثلاث حيض ويمين، وقال المغيرة: مرة لا ينتفي بالحيض إلا أن تأتي به بعد خمس سنين، ثم رجع وقال: ينتفي بثلاث حيض.

اللخمي: النفي بالاستبراء ضعيف؛ لأن الحامل عند مالك وأصحابه إلا أن تكون الأمة ممن يظن بها الفساد فيترجح النفي بالاستبراء، وإن عرفت بالعفاف لم ينتف به.

وفيها: قال: كنت أفخذ ولكن لم أنزل الماء فيها وليس الولد لي؛ لم يلزمه، ولو قال: كنت أطأها ولا أنزل فيها؛ لزمه الولد، ولم ينفعه قوله: كنت أعزل عنها.

وسمع موسى ابن القاسم: من زعم أنه وطئ جاريته، وأنه يعزل عنها؛ لزمه ما أتت به من ولد إلا أن يدعي استبراء، ومن زعم أنه وطئ جاريته، وأنه يعزل عنها؛ لزمه ما أتت به من ولد؛ لأنه ليس هنا موضع خوف.

ابن رُشْد: إن لم ينزل أصلًا لم يلزمه الولد، وقد قال في المَدَوَّنة: إن قال: كنت أطؤها ولا أنزل فيها؛ لحقه الولد، ولا ينفعه قوله: كنت أعزل عنها، فقال بعضهم: هو خلاف هذا السماع في قوله: من قال: كنت أطأها ولا أنزل أن الولد لا يلحقه، ومنهم من قال: سأله عن من قال: لا أنزل، فأجابه عمن قال: كنت أعزل وليس شيء؛ لأن قوله: لا أنزل فيها دليل على أنه كان ينزل خارجًا عنها، وهذا هو العزل بعينه، فلا خلاف بين المدَوَّنة والسماع.

الباجي: لو قال: كنت أطأ بين الفخذين فأنزل، ففي الموازيَّة: يلحقه الولد في الأمة ولا يلتعن في الحرة وهو بعيد، ولو صح هذا لم يحد من ظهر بها حمل إذا صح أن يكون ولد من غير إيلاج.

قُلتُ: وحيث لا يلزمه الولد.

قال عياض: قال بعض شُيُوخنا: يحلف، قال: وكذلك اختلفوا في لحوقه من الوطء في الدبر.

اللخمي: إن قال وطئت ولم أنزل قبل قوله: وإن قال كنت أعزل؛ لحق به، إلا أن يكون العزل البين، فقد يكون الإنزال بحركه في الفرج خارجًا، وإن كان الوطء في الدبر

وبين الفخذين كان فيهما قولان: قيل: يلحق به الولد؛ لأن الماء يصل إلى الفرج، وقال محمد: كل من وطئ في موضع أنزل منه وصل للفرج لحق به الولد، وقيل: لا يلحق؛ لأن الماء إذا باشره الهواء فسد، والأول أحسن، وإن كان الإنزال بين شفري الفرج؛ لحق قولًا واحدًا.

وفيها: من اشترى زوجته لم تكن أم ولد فيما ولدت قبل الشراء إلا أن يبتاعها حاملًا فتكون بذلك أم ولد، ولو كانت لأبيه فابتاعها حاملًا لم تكن له أم ولد بذلك الحمل؛ لأنه عتق على جده فلا يجوز بيعها ويستثنى ما في بطنها.

ابن رُشْد: من تزوج امرأة واشتراها وهي حامل منه قال مالك: تكون بذلك الحمل أم ولد، وقاله ابن القاسم وأكثر أصحاب مالك، وقال مرة: لا تكون به أم ولد لمسه الرق في بطن أمه، وقاله أشهب ورواه ابن عبد الحَكَم.

الصقلي عن محمد: من تزوج أمة والده فمات الأب فورثها وهي حامل، فإن كان حملًا ظاهرًا أو وضعته لأقل من ستة أشهر؛ لم تكن به أم ولد، وإن وضعته لستة أشهر فأكثر؛ فهي به أم ولد إلا أن يقول لم أطأها بعد موت أبي فلا تكون له أم ولد ويصدق في ذلك بغير يمين، وكذا لو وضعته بعد ستة أشهر من يوم موته، وقال: ما وطئتها إلا منذ خمسة أشهر؛ لم تكن به أم ولد، ونحوه لابن الماجِشُون في كتاب ابن سَحنون.

محمد: ومن اشترى زوجته بعد عتق سيدها ما في بطنها جاز شراؤه وتكون بما تضع أم ولد، إذ لا يتم عتقه إلا بوضعه، ولأنها تباع في فلسه ويبيعها ورثته قبل الوضع إن شاءوا، وإن لم يكن عليه دين والثلث يحملها وفي جنينها ما في جنين الأمة إن ضربها رجل فألقته، ولو كان ذلك بعد أن اشتراها الزوج كان فيه ما في جنين الحرة وولاؤه إن استهل لأبيه.

وفيها: من قال في مرضه: كانت هذه ولدت مني، فإن لم يرثه ولد؛ لم يصدق، وإن ورثه ولد؛ صدق.

سَحنون: وقال أيضًا: لا يصدق وإن ورثه ولد أو كلالة.

اللخمي: وعلى قوله في المريض: (يقر بقبض كتابة مكاتبه وورثه كلالة) أنه

يصدق إن كان الثلث يحمله يقبل قوله فيها: وإن ورثته كلالة إن حملها الثلث ولم يشغله بوصية، ويجري فيها قول رابع: إن كان اعترف بوطئها في صحته قبل قوله: الآن، وإن لم يحملها الثلث قاله ابن الماجِشُون في الواضحة: إذا باعها ثم قال: ولدت مني، وقال محمد: إن أقر بذلك في صحته، وعند قيام الغرماء عليه قبل قوله، وعلى قول عبد الملك يقبل قوله إن كان سمع منه إذا أصابها، وأرى أن يصدق في قوله وتكون أم ولد إن كان إقراره في مرضه وورثته كلالة ولا يحملها الثلث، أو في صحته وعليه دين لكتمان كثير من الناس مثل هذا، ثم يعترف به عند الموت لاسيما إن كانت دنية أو سوداء؛ ولذا يصدق في الولد بعد نفيه.

وفي عتقها الثاني مع حمالتها: وما أقر به المريض أنه فعله في صحته فلم يقم عليه المقر لهم حتى مات أو مرض فلا شيء لهم، وإن كانت له بينة إلا العتق والكفالة؛ لأنه دين ثبت في الصحة.

قال ابن رُشْد في آخر مسألة من أول رسم من سمَاع يحيى من كتاب النكاح: اختلف في قول الرجل في مرضه كنت أعتقت عبدي هذا في صحتي، ومن مات من مرضه على ثلاثة أقوال:

الأول: لا يعتق في رأس مال ولا ثلث، إلا أن يقول أمضوا عتقه فيعتق في الثلث.

الثاني: إن ورثه ولد؛ عتق من رأس ماله، وإن ورثه كلالة؛ لم يعتق ولا من الثلث، وهذا في كتاب أمهات الأولاد من المدَوَّنة: فيمن أقر في مرضه بأن أمته ولدت منه ولا ولد معها، ولا فرق بين المسألتين.

الثالث: إن ورثه ولد معتق من رأس المال، وإن ورثه كلالة؛ عتق من الثلث، رواه ابن عبد الحَكم عن مالك، وهو في كتاب المكاتب من المدَوَّنة.

قُلتُ: يرد تخريج قوله: لا فرق بأن العتق مظنة البينونة عند الملزومة لظهوره بخلاف الإيلاء، وقال ابن زرقون في ترجمة الوصية: للوارث فيمن أقر في مرضه أنه كان فعل شيئًا في صحته مثل عتق أو إيلاء ستة أقوال:

الأول في كتاب أمهات الأولاد: لا ينفذ من ثلث ولا رأس مال لو ورث بكلالة لم

ينفذ ولا من الثلث.

الرابع: ظاهر قول ابن القاسم في كتاب المكاتب ونص الموازيَّة: إن ورث بولد نفذ من رأس المال، وإن ورث من كلالة نفذ من الثلث.

الخامس في الموازيَّة: ينفذ من الثلث ورث بولد له أو كلالة.

والسادس حكاه التونسي: إن حمله الثلث جاز، وإن لم يحمله بطل جميعه.

وفيها: ليس في أم الولد لسيدها خدمة ولا استسعاء ولا غلة، إنما له فيها المتعة، وله خدمة أولادها من غيره ممن ولدته بعد ولادتها، ويعتقون بعتقها من رأس ماله.

الباجي عن ابن القاسم: ليس له أن يعنت أم ولده في الخدمة وإن كانت دنية، وتبتذل الدنية في الجوائح الخفيفة بما لا تبتذل فيه الرفيعة، وقال عبد الوهاب: له استخدامها فيما يقرب ولا يشق، وقال أبو حنيفة: له فيها الخدمة، وهو الأظهر عندي؛ لأنها باقية على حكم الملك، وإنما منع أن يملكها غيره، ولا خلاف أن استخدام ولد أم الولد، وحكاه غير واحد إجماعًا، ومنع بعضهم ثبوته، وكذا بيعها حاملًا وحكمهم حكمها؛ لأن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها في الرق وفي الحرية.

والمذهب: منع بيع أم الولد وحكاه غير واحد إجماعًا ومنع بعضهم ثبوته، وكذا بيعها حاملًا من سيدها. حكى البراذعي في احتجاجه على بعض الحنفية: الإجماع على منع بيعها، وقدح فيه بعض فقهاء تونس بناء على قول من يجيز بيع الحامل واستثناء جنينها، وأخبرني بعض من لقيت من الثقات الحفاظ أنه وقف على حاشية في رسالة ابن أبي زيد بخط من يعتد به إمضاء بيعها عن علي ابن زياد.

وفي سماع أشهب: من وهب ولده جارية ولدتها أم ولده بتزويجه إياها غلامًا له؛ جاز للولد وطؤها كتزويجه ما ولدته امرأة أبيه من غيره بعده فحمله غير واحد على الوهم من مالك في إغفال النظر في صحة الهبة.

وقال ابن رُشْد عن ابن رزق عن أبي عمر بن القطان أنه قال: ليس بوهم منه؛ بل أعمل الهبة في الرقبة مراعاة للخلاف في جواز بيع أم الولد.

وفيها: إن بيعت نقض بيعها، فإن أعتقها المبتاع نقض البيع والعتق وعادت أم ولد

له، فإن ماتت بيد المبتاع فمصيبتها من البائع ويرد الثمن، وإن لم يعلم للمبتاع موضعًا فعلى البائع طلبه حتى يرد عليه الثمن إن ماتت أم الولد أو بقيت، مات البائع أو بقي، ويتبع بالثمن في ذمته مليًّا كان أو معدمًا.

اللخمي: إن لم يعلم حيث هو تصدق بالثمن قال: إن أولدها المشتري عالمًا أنها أم ولد غرم مع ردها قيمة الولد. اختلف إن غره وكتمه أنها أم ولد، فقال ابن الماجِشُون: يلزم قيمة الولد، وقال مُطَرِّف: لا شيء عليه، وظاهر المذهب: إذا نقض بيعها تحفظ منه عليها لئلا يعود إلى بيعها ولا يمكن من السفر بها، وإن خيف عليها وتعذر التحفظ أعتقت عليه، كقول مالك فيمن باع زوجته: أنه لا يكون بيعها طلاقًا، وتطلق عليه إن خيف عودة لذلك.

وفيها: قال مالك: أحسن ما سمعت في جناية أم الولد أن يلزم السيد الأقل من أرش جنايتها أو قيمتها أمة يوم الحكم.

الباجي عن أشهب: خالفني ابن القاسم والمغيرة فقالا: عليه قيمتها يوم جنت ورجع ابن القاسم، وتمادى المغيرة، وإنما عليه قيمتها يوم الحكم وتقوم بغير مالها، ورواه ابن عبدوس عن ابن القاسم وأشهب عن مالك والبرقي عن أشهب: تقوم بمالها، وقاله المغيرة وعبد الملك.

وفيها: تقوم بغير مالها أمة، وقيل: بمالها ولا يقوم معها ولدها وإن ولدته بعد الجناية.

اللخمي: قال ابن الجهم عن ابن عبد الحكم: لا شيء على سيدها وذلك في ذمتها، وقال ابن الجهم: إن شاء سيدها سلم الجناية، وإن شاء سلم ما بقي له فيها من الخدمة فيستخدمها أو يؤاجرها، ولا يلحقه من جنايتها أكثر مما يملك منها، فإن وفت رجعت لسيدها، وإن مات عتقت واتبعت بما بقي في ذمتها، وهذا أبينها.

وفيها: إن جنت على رجل أقل من قيمتها، ثم جنت على آخر أكثر من قيمتها؛ فعلى سيدها قيمتها يقتسمانها بقدر جناية كل واحد منهما.

اللخمي: وقال بعض شُيُوخنا: إن كانت قيمتها مثل أقل الجنايتين؛ كانت بينهما

بالسوية؛ لأنه لو انفرد أحدهما كانت له فلا مزية للآخر عليه بخلاف المفلس؛ لأن دينها عن معاملات يكثر ما بيده، ويقل الأجل ما سلمه له كل واحد.

الصقلي: قال محمد وسَحنون واللفظ له: إن جنت على رجلين موضحة موضحة، فقام أحدهما فدفع له سيدها قيمتها، ولم يعلم بالآخر، وكانت قيمتها يومئذ مثل أرش الموضحة، ولم يقم الثاني حتى جرحت ثالثًا موضحة، ثم قام هو والثاني؛ رجع السيد على الأول بخمسة وعشرين؛ لأنه إنما كان له يوم قام خمسة وعشرون، ثم ينظر إلى قيمتها اليوم، فإن كانت ستين دينارًا، قيل: للثالث جنى عليك نصفها المفتك وهو فارغ والنصف الآخر وهو مرتهن بجناية الثاني فنصف موضحتك في النصف الفارغ فيفتكه السيد منك بخمسة وعشرين؛ لأن نصف جنايتك أقل من نصف قيمتها الآن، ونصف الثاني بينك وبين الثاني على ما بقي لك وله والباقي لك نصف جنايتك، وللثاني جميع جنايته فيقتسمان نصف قيمتها على الثلث والثلثين فلك ثلاثة عشر وله عشرون، ولابن سَحنون عنه: أن أبا زيد روى عن ابن القاسم في هذه المسألة: إذا قام الثاني والثالث اترجع السيد نصف ما دفع للأول أو يدفع لها دين إن شاء دية جرحها كاملًا أو قيمتها، إلا أن تكون بينهما نصفين، فأنكر سَحنون قوله: نصفين، وقوله: دية جرحها كاملًا، وقال: هذا خطأ، وأبو زيد لا يقول بهذه المسألة، وذكر ابن عبدوس عن أشهب كرواية أبي زيد، فأنكره سَحنون وذكر بشرحها المتقدم وهو الصواب.

وحكم سبيها تقدم في الجهاد وعتقها بموت سيدها من رأس ماله:

الباجي: ولو كان عليه دين وتقدم حكم ولدها من غيره واختيار الباجي في ذلك.

وفيها: أرش ما جنى على أم الولد لسيدها.

الصقلي وعن محمد: ولو مات سيدها قبل قبضه الأرش، ففي كونه لورثته أولها أول قولي مالك، وثانيها رواهما ابن القاسم، وقال الأول: القياس، ولكنا استحسنا ما رجع إليه، واتبعناه، وإن أعتقها سيدها قبل أن يأخذ أرشها فقال مالك: هو لها.

محمد: وهو استحسان، وقال أشهب: هو للسيد.

وفيها: إن جنى ولد أم الولد من غير سيدها جناية أكثر من قيمته خير في فدائه،

فيبقى على حاله أو يسلم خدمته في الأرش، فإن وَفَّى رجع لسيده، وإن مات سيده قبل أن يفي عتق واتبع ببقية الأرش.

قُلتُ: ولازمه هو قول ابن شاس: أرش الجناية عليه لسيد أمه، وتقدم حكم إنكاحها جبرًا ورضى منها.

وفيها: إن وطئ أحد الشريكين أمة بينهما فلم تحمل خير شريكه في تماسكه بحظه واتباع الواطئ بنصف قيمتها يوم وطئها؛ لأنه كان ضامنًا لها لو ماتت بعد وطئه، ولا حد على الواطئ ولا غرم عليه، ويؤدب إن لم يعذر بجهل.

قُلتُ: العقد الصداق في الصحاح والعقد مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة.

عياض: هذا معروف المذهب، وفي باب المتفاوضين من الشركة: يقوم عليه يوم وطئها، ولم يذكر مخيرًا، ونحوه في الموازيَّة: إنما يجبر على التقويم، وفي الشركة أيضًا: إن وطئها أحدهما تقاوياها، فإن أبى أحدهما المقاواة عرضت للبيع، وأخذها من أحب إمساكها بما بلغت، وجعل ابن أبي زَمَنَيْن هذا حكم المتفاوضين دون غيرهما.

وفيها: قول رابع: أنها باقية على الشركة يعطي الشريك ما نقصها إن نقصها الوطء، وهو نحو رواية البرقي عن أشهب.

اللخمي: إن كانت بكرًا وعلم أن سيدها غرضه بكارتها، لولا ذلك لم يشترها كان له أن يغرمها نصف قيمتها، وقد يحمل قوله أنه بالخيار على هذا.

وفيها: إن حملت ما قومت على واطئها يوم الوطء إن كان مليًّا، ويلحق به الولد، وهي له أم ولد ولا تماسك لشريكه.

اللخمي: وقال مالك أيضًا: القيمة يوم حملت وذكرهما محمد، وقال: وقيل: يوم الحكم، وعن مالك: إن شاء يوم الوطء، وإن شاء يوم الحمل، وبه أخذ محمد.

اللخمي: إن لم يطأها إلا مرة واحدة فالقيمة يوم الوطء، وإن كان مرتين وبينهما طهر كان الخلاف في الوطء الأول، كما تقدم إذا لم تحمل فعلى وجوب القيمة تكون القيمة لليوم الأول، وعلى أنه بالخيار يخير هنا في القيمة لأول يوم، أو القيمة يوم حملت وقاله محمد.

وعلى قوله: (إن تبين أنه لا حمل بها فلا تقويم له، وإنما له قيمة العيب إن كانت بكرًا، وإن كان الواطئ معسرًا، فقال مالك مرة: هي أم ولد للواطئ، ويتبع بالقيمة دينًا)، ثم رجع إلى تخير الشريك في تماسكه مع اتباعه بنصف قيمة الولد، وفي تقويمه نصفها ونصف قيمة الولد، ويباع له نصفها فقط فيما لزمه.

ولابن القاسم في الموازيَّة: إن تماسك بحظه ولم يقوم؛ اتبعه بنصف قيمة الولد، ونصف قيمة ما نقصها الولادة.

وروى الأخوان: أنه يخير في التماسك ولا شيء له من نصف قيمة الولد، وفي التقويم عليه، ويتبعه في الذمة، وإن أحب بيع له نصفها، فلم يوجب على الواطئ في الولد شيئًا قوم عليه أو أمسك، وحكى سَحنون قولاً آخر: أنه إن قوم اتبعه بالقيمة في الذمة، ولم يحكم له أن يبيع ذلك عليه، وقال أشهب: يباع عليه ما يوفي الدين، وإن كان أكثر من النصف؛ لأنه يقول لا يكون لي بعض أم ولد، وإن للواطئ بيع الباقي إن أحب.

وفيها: إن كانت أمة بين رجلين حرين أو عبدين، أو أحدهما عبد أوذمي والآخر مسلم، فوطئاها فيظهر واحد فأتت بولد فادعياه؛ دعي له القافة فمن ألحقته به نسب إليه.

الصقلي: يريد: أتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم وطء الثاني.

الصقلي: إن لم توجد القافة بعد الاجتهاد في طلبها، ترك الولد إلى بلوغه، فيوالي من شاء، كما لو قالت القافة: اشتركا فيه، أو ليس هو لواحد منهما، وقاله بعض علمائنا وهو أولى من قول من قال: يبقى موقوفًا حتى توجد القافة.

سَحنون: إن قالت القافة: ليس لواحد منهما؛ دعي له آخرون، ثم آخرون كذا أبدًا؛ لأن أن القافة إنما دعيت لتلحق لا لتنفى.

وفيها: فإن أشركوهما فيه والي إذا كبرأيهما شاء.

اللخمي: اختلف في ذلك على أربعة أقوال: فذكر قولها، وقال: اتبع في ذلك ما روي عن عمر، وقال الأخوان وابن نافع: يلحق بأصحهم شبهًا له، ولا يوالي من أحب، وقال ابن مسلمة: إن عرف الأول لحق به؛ لأنه كان حملًا له قبل أن يصيبها

الآخر، وإن جهل الأول لحق بأكثرهما شبهًا فيما يرى من الرأس والصدر؛ لأنه الغالب وحكى سَحنون قولًا رابعًا: أنه يبقى ابنًا لهما لا يوالي أحدهما، وهو أحسن؛ فإن مات أحدهما قبل نظر القافة، فإن عرفت الميت؛ كانا كالحيين، وإن لم تعرفه، فإن قالت: هو ابن للحي؛ لحق به، وإن قالت: لا شيء لهذا الحي فيه؛ فقال أَصْبَغ: لحق بالميت، وإن ماتا قبل النظر؛ كان ابنًا لهما، وخالفه ابن الماجِشُون في الوجهين فقال: إن قالت: لا شيء لهذا الحي فيه بقي لا أب له، وكذا إن ماتا قبل النظر فيه بقي لا أب له، وقال ابن سَحنون: إن مات أحدهما فقالت القافة: للحي فيه شرك؛ كان له منه نصف أبيه، ويرث منه إذا مات نصف ميراثه، ولا يرث من الميت قبل شيئًا، واختلف في عتق الجارية فعجل أَصْبَغ عتقها بموت الأول، ووافقه ابن الماجِشُون لموت الباقي منهما، وقول أَصْبَغ في موت أحدهما أحسن، وقول ابن الماجِشُون في موتهما أحسن؛ لأنه ميراث بالشك لإمكان أن يكونا لم يشتركا فيه، إلا أن يكون لهما وارث معروف فيكون له نصف ميراث لكل واحد، والباقي لبيت المال.

قال: وإن ولدت توأمين دعي لهما القافة، فإن ألحقتهما بأحد السيدين، أو أشركتها فيهما؛ كان الأمر على قولها، وإن قالت هذا ابن لهذا، وهذا ابن لهذا؛ فقال ابن الماجِشُون: لا يقبل قولها، ولا يلحقا بأحدهما، وقال سَحنون: يقبل قولها، فإن كان أولهما وطئ موسرًا؛ كانت أم ولد له عليه نصف قيمتها يوم حملت، وله على الثاني قيمة جميع الولد، وإن كان معسرًا؛ كان عليه نصف قيمة الولد، وله على الثاني مثل ذلك، وقيل: لا شيء له عليه وأعتقت الأمة عليهما معًا؛ يريد: لأن وطأها حرام عليهما، ولا يصح أن تسقط القيمة في نصف الولد على الثاني إلا أن يقول إنها عتيقة بنفس الحمل من الثاني، وقوله: يرجع أحسن؛ لأن عتق الولد إذا حرم وطؤها مختلف فيه، فلا تكون حرة إلا بحكم.

[كتاب الوصية]

الوصيَّة في عرف الفقهاء لا الفراض: عقد يوجب حقًّا في ثلث عاقده، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قول الشَّيخ ﷺ الوصيَّة في عرف الفقهاء: اللغة معلوم مدلولها فيها، والوصيَّة عند الفقهاء أخص من اللغة، وأعم من الوصيَّة عند الفراض؛ لأنها عندهم خاصة بها يوجب الحق في الثلث، وعند الفقهاء أعم من ذلك، ومن النيابة عن الموصي بعد الموت، فلذلك عرفها الشَّيخ بالأمر الأعم.

قال الشَّيخ ابن عبد السلام: هنا أشبه ما يقال في رسمها بحسب عرف الفقهاء ما ذكره بعض الحنفية: أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق الشرع، قال على أنه لا يخلو من مناقشة لا تخفى عليك، والشَّيخ -رضي الله عنه ونفع به- لم يذكر كلام ابن عبد السلام في هذا مع أنه بحث في مثل هذا الحد في مواضع، مع أنه قابل للبحث.

أما قوله: أشبه ما يقال في رسمها فظاهر أنه ارتضاه إلا أنه يورد عليه من المناقشة، والمناقشة لا تخل برسمه، ويظهر لك ما فيه بعد بيانه.

قوله: تمليك مصدر من ملك، والتمليك إعطاء لمنافع أو ذوات، وذلك شامل لجميع المتملكات؛ بل وكذلك المعاوضات فإن فيها تمليك.

قوله: مضاف إلى ما بعد الموت، أخرج به التمليك الواقع في الحياة.

قوله: بطريق الشرع، أخرج به إن مات زيد ملكتك هذه الدار؛ لأن ذلك التمليك مضاف بعد الموت لا بطريق الشرع، فأنت ترى هذا الرسم، فإن فيه أبحاثًا.

أما أولًا فإنه قال في عرف الفقهاء، ولا تدخل في ذلك النيابة عن الميت في التصرف؛ لأنه لم يملكه ذاتًا ولا منفعة، وإنما فيه الإذن في التصرف، وعند الفقهاء هي أعم.

وأما ثانيا فإنه صير الوصيَّة تمليكًا بعد الموت، والتمليك يستدعي لزوم ما ملك للغير غايته أنه استلزمه بشرط الموت، وليس معنى الوصيَّة ذلك؛ بل الوصيَّة إنما تلزم بالموت، وذلك هو خاصتها، وهو اللزوم بالموت، ومنها أن ذلك يصدق على التدبير؛ لأنه تمليك من السيد لعبده بعد موته لنفسه بطريق الشرع، فحده غير مطرد ويرد عليه إذا حكم القاضي بإرث بعد موت رجل، ولعل الشَّيخ: رأى هذا من المناقشات في هذا الرسم.

وأما قول الإمام -رضي الله عنه ونفع به- (عقد) فالعقد هنا جنس للوصيَّة كما تقدم في غيره، ويدخل تحته عقود كثيرة.

=

ومقدمته الضرورية ذكرناها في اختصار الحوفية، فانظرها فيه.

[باب في الموصي]

الموصي: المالك الإعطاء التام ملكه فيها، وتجوز وصيَّة المحجور عليه والسفيه والمصاب حال إفاقته، لا حال خبله.

وفيها: تجوز وصيَّة ابن عشر سنين أو أقل مما يقاربها إذا أصاب وجه الوصية،

قوله: (يوجب حقًا في ثلث عاقده) أخرج ما يوجب حقًا في رأس ماله مما عقده على نفسه في صحته.

قوله: (يلزم بموته) هو صفة لعقد أخرج به المرأة، إذا وهبت أو التزمت ثلث مالها ولها زوج، أو من التزم ثلث ماله لشخص؛ فإنه يلزم من غير موت، والوصيَّة لا تلزم إلا بالموت.

قوله: (أو نيابة عنه بعده) نيابة عطف على حقًا معناه؛ أو يوجب نيابة عن عاقده بعد موته، فيدخل الإيصاء بالنيابة عن الميت.

(فإن قلت): الشَّيخ أيضًا أتى بأو في هذا الرسم.

(قلت): تقدم هذا الجواب عنه مرارًا.

(فإن قلت): إذا أوصى والتزم عدم الرجوع؛ فإن ذلك لازم له من غير موت.

(قلت): فيه خلاف، والحد للأعم من محل الخلاف أو الاتفاق.

(فإن قلت): إذا التزم عدم الرجوع وزاد مهما رجعت؛ كان تجديدًا للوصية، فإنه يلزم ذلك وهو خارج عن الخلاف.

(قلت): كذا قال بعض المشايخ، ولكن الخلاف موجود ذكره ابن الخطيب وغيره، والحد المذكور أعم من المنفعة أو الذات أو العتق.

(فإن قلت): إذا أوصى الوصي بأن فلانًا يكون وصيًا بعده، فهل يدخل في ذلك؟.

(قلت): يدخل ذلك في رسمه، والوصي يصح له أن يوصى بعد موته.

(فإن قلت): إذا كان على طفل وصبيان، ثم أوصى أحدهما عند موته بجعل ما بيده لأجنبي، هل يصح ذلك؟.

(قلت): أجازه أشهب ويحيى بن سعيد، قال بعض الشُّيُوخ: وهو خلاف المذهب؛ لأنه لا يستقل بذلك في النظر أحد الوصيين.

(فإن قلت): إذا قال أنت حر بعد موتي، فهل يرد على حده؟.

(قلت): إذا كان ذلك من باب الوصية، فيدخل في الوصية، وهو قول ابن القاسم، وإن كان محتملًا للتدبير فلا يرد أيضًا؛ لأن التدبير لازم بالقول، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

وذلك أن لا يكون فيه اختلاط.

الباجي: وفي المدَوَّنة قال عيسى: روى ابن القاسم: تجوز وصيَّة اليافع وهو ابن عشر سنين أو اثني عشرة سنة.

محمد عن أَصْبَغ: أجاز مالك وأصحابه وصيَّة من يعقل ما يوصي، ابن سبع سنين أو شبهه، وقال أَصْبَغ: تجوز وصيَّة الصغير إذا عقل ما يفعل.

اللخمي عن أَصْبَغ: تجوز وصيته إذا عقل الصلاة.

ولمالك في العتبيَّة: إذا أثغر وأدب على الصلاة، والصبيان يختلف إدراكهم وتمييزهم، فمن علم تميزه جازت وصيته إذا أوصى فيما هو قربة لله تعالى، أو صلة رحم وإن جعلها لمن يستعين بها في منهى عنه ردت.

ولأشهب: إن جعل إنفاذ وصيته بذلك إلى غير الموصي؛ فذلك لوصيه، ولأشهب: من أوصى لبكر بمائة دينار ولا ولي لها فدفعها الورثة بغير أمر الإمام إليها؛ فقد برئوا. وأرى إن كان لها وصي دفع ذلك إليه، إلا أن يعلم أن قصد الموصي دفعه إليها لتتسع فيه.

الباجي: أرى إن كان المولى عليه ثم مات؛ لم يلزمه ذلك، إلا أن يوصي به فيجوز في ثلثه رواه محمد عن أشهب عن مالك.

ابن كنانة: إن سمى ذلك يقضى من رأس ماله؛ لم يجز على وارثه، وإن أوصى به على وجه الوصيَّة بدئ على الوصايا.

ابن زرقون لابن القاسم في الواضحة: إن لم يرد بيع المولى عليه حتى مات؛ نفذ بيعه، فعليه يلزمه الدين بعد موته فتأمله. وقول ابن شاس: والكافر تنفذ وصيته إلا بنجس أو بخمر أو خنزير لمسلم واضح؛ لأنها عطية من ملك تام ملكه، وفي نكاحها الثالث: إذا قتل المرتد على ردته؛ بطلت وصاياه قبل الردة وبعدها.

ويجوز رجوع الموصي عن وصيته إجماعا فيها مع غيرها في صحة أو مرض.

قُلتُ: فلو التزم فيها عدم الرجوع في لزومها اختلاف بين متأخري فقهاء تونس.

وقال بعضهم وهو الشَّيخ أبو علي بن علوان: في لزومها بالتزامه عدم الرجوع،

ثالثها: إن كانت بعتق ولم يعزها.

قُلتُ: وفي التخيير والتمليك منها: إن قال: أنت طالق تطليقة ينوي بها لا رجعة لي عليك، فيها: من له الرجعة، وقوله: لا رجعة لي عليك ونيته باطل، فيها: فعليه لا يلزمه التزام عدم الرجوع في الوصية، وتقدم في أول المدبر للتونسي ما يفهم منه اللزوم.

الباجي: لا خلاف في الرجوع عن الوصيَّة بالقول أو بالفعل.

ابن حارث: اتفقوا فيمن أوصى لرجل بعبد ثم باعه أو وهبه أو أعتقه أن ذلك رجوع.

الشَّيخ لابن كنانة في المجموعة: من أوصى بجارية؛ فله وطؤها، ولا تنقض وصيته، إلا أن تحمل من سيدها.

قُلتُ: ومقتضى سماع أَصْبَغ: من وطئ جارية وأوصى بها لرجل ليس وطؤه رجوعًا، فإن وقفت حتى مات خوف كونها حاملًا. قلت: فجنايتها لسيدها.

ابن رُشْد: ولو تيقن أنها غير حامل فالجناية للموصى له، وهو معنى ما في وصاياها الثاني، وحملها ابن القاسم على الحمل على أصله في ذلك، وقيل: هي محمولة على عدم الحمل حتى يعلم، وهي رواية أشهب: فيمن وطئ أمة اشتراها وظهر على عيب بها فردها فمات قبل أن تحيض ضمانها من بائعها.

وللصقلي عن ابن عبدوس: قيمتها للموصى له.

قال ابن شاس: والكتابة رجوع.

قُلتُ: لم أجده لأحد من أهل المذهب، ولم يذكره الشَّيخ في نوادره، إنما نص عليه الغزالي في الوجيز وأصول المذهب توافقه؛ لأن الكتابة إما بيع وإما عتق وكلاهما رجوع. وفي البيع الفاسد فوت هذا إن لم يعجز، فإن عجز فليست برجوع.

الشَّيخ لابن عبدوس عن ابن القاسم: من أوصى بعبد ثم رهنه أو آجره، أَصْبَغ: فليس برجوع، وقاله مالك.

وسمع أَصْبَغ ابن وَهْب: من أوصى بمزود جديدة، ثم لتها بسمن أو عسل؛ ليس برجوع، كما لو أوصى لرجل بعبد ثم علمه الكتابة؛ فليس برجوع، أَصْبَغ: ليس برجوع

ويكون شريكًا بقدر لتها، كالثوب يصبغه والبقعة يبنيها.

قال ابن شاس: وتزويج الأمة والعبد والوطء مع العزل ليس برجوع.

قُلتُ: لم أجد مسألة التزويج في نصوص مسائل مذهبنا، لم يذكره الشَّيخ في النوادر، وإنما نص عليه الغزالي في الوجيز، ولكن أصول المذهب تقتضيه؛ لأنه نقص في الموصى به، كالدار يهدمها، وشرطه في الوطء العزل خلاف ما تقدم من الإطلاق.

ولابن كنانة وسماع أَصْبَغ: قال ابن رُشْد في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب في غير ما سماع وغير ما موضع: أن من عم في وصيته فقال: ثيابي، أو رقيقي، أو غنمي، لفلان أو للمساكين، فاستبدل بهم أو استفاد غيرهم؛ أن وصيته تنفذ فيما ملك يوم موته، ولو كانوا غير الذي في ملكه يوم أوصى ولو عينهم، أو واحد منهم اختصت الوصيَّة بهم، فالعبد والعروض والحيوان، إن تعين بالإشارة إليه اتفاقًا، فلو قال: هذا العبد أو الزرع لم تنتقل الوصيَّة لغيره، ولو قال: عبدي لفلان ولا عبد له غيره، أو درعي ولا درع له سواه، يخرج قصد الوصيَّة على ذلك، على قولين من اختلافهم فيمن حلف لا يستخدم عبد فلان فاستخدمه بعد خروجه من ملكه بعتق أو غيره، هل يحنث أم لا؟

وفي النوادر روى أشهب: من أوصى لأخيه بسيفه أو درعه، فهلك ثم أخلفه؛ فهو للموصى له. قال: ولو أوصى له بعبد فمات العبد فأخلفه بعبد بخلاف ذلك.

ابن رُشْد: فيتحصل في ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: يتعين بذلك العبد والدرع.

الثاني: لا يتعين بذلك واحد منهما.

الثالث: يتعين العبد لا الدرع والسيف وشبهه.

واختلف هل يتعين العبد بالتسمية والصفة.

فسمع عيسى ابن القاسم: من قال: عبدي النوبي أو الصقلي فباعه، واشترى غيره نوبيًّا أو صقليًّا؛ أن الوصيَّة تختص بالأول.

وقال أشهب: لا تختص، قال: ولو قال: عبدي ميمون حر، ثم باعه واشترى عبدًا

أسودًا سماه ميمونًا وجب عتقه.

قُلتُ: الأظهر في قوله ميمون، قصر الوصيَّة عليه؛ لأن الأعلام مختصة بخلاف الصفات.

قال ابن الحاجب: فلو باع العبد الموصى به ثم اشتراه ففي رجوع الوصيَّة قولان.

قُلتُ: لا أعرف من نقل القول الثاني، وإنما نقل الباجي والصقلي والنوادر القول الأول فقط.

الشَّيخ لابن القاسم في المجموعة: إن أوصى بزرع فحصده أو بثمر فجذه أو بصوف بجزه؛ فليس برجوع، إلا أن يدرس الزرع ويكتاله، ويدخل بيته فهذا رجوع.

الباجي: بالدرس والتصفية انتقل اسمه عن الزرع إلى اسم القمح والشعير، فكان رجوعًا، وقوله: أدخله بيته تأكيد وكذا قوله: اكتاله.

ومن أوصى بثوب فصبغه أو غسله فقال ابن رُشْد: قيل: يكون فيه شريكًا للورثة بقيمة الصبغ من قيمة الثوب.

قُلتُ: عزاه غير واحد لأَصْبَغ.

ابن رُشْد: وقال ابن القاسم وأشهب: يكون له الثوب مصبوغًا.

قال أشهب: وكذا لو غسله أو كانت دارًا فجصصها؛ لأنه لم يتغير الاسم عن حاله.

قال ابن الحاجب: ولو جصص الدار، وصبغ الثوب، ولت السمن، فللموصى له بزيادته، وقال أَصْبَغ: الورثة شركاء بما زاد.

قُلتُ: ظاهره: أن قول أَصْبَغ في الصور المذكورة من التجصيص وغيره، ولا أعرف من ذكره عنه فيه، وظاهره: أنه جعل شركة الورثة بما زاد، وهو خلاف ما تقدم، وما نقله الصقلي والباجي والنوادر. ونص أَصْبَغ في العتبيَّة، ولابن رُشْد في أول رسم من سماع ابن القاسم: إن أوصى في صحة دون سفر، فسواء قال: متى ما مت، أو إن مت، أو إذا مت، قال: ذلك بغير كتاب، أو بكتاب، أقره عنده أو وضعه عند غيره؛ ينفذ متى مات بكل حال، إلا أن يسترجع الكتاب بعد أن وضعه عند غيره فتبطل

بذلك وصيته.

وكذا إن أوصى في مرضه أو عند سفره، وقال: إن مت ولم يزد، وقال: من مرضي هذا أو سفري هذا، وقال: يخرج عني كذا وكذا، ولم يذكر الموت بحال، فإن أشهد بذلك في غير كتاب؛ لم تنفذ الوصيَّة إلا أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك السفر، وإن كتب بذلك كتابًا وضعه عند غيره؛ نفذت على كل حال متى مات، وإن مات من غير ذلك المرض أو من غير ذلك السفر، وإن لم يضع الكتاب عند غيره؛ فقال مالك مرة: تنفذ على كل حال متى مات، وقال مرة: لا تنفذ إلا أن يموت في ذلك المرض أو في ذلك السفر، فالأول: بناء على أن إبقاءه الكتاب بيده بعد برئه وقدومه من سفره، دليل على إلغائه التقييد بأحدهما. قال ابن أبي زيد: هذا إن شرط فيها إن مات من مرضه أو سفره، أو نحوه لابن القاسم في الموازيَّة.

وقال ابن سلمون: إن قبضها ممن جعلها على يده بطلت، وإن لم يشترط فيها ذلك ولو تركها بيد من دفعها إليه، حتى مات وهي مبهمة؛ أنفذت.

وذكرها عياض فقال: وترجح فيها أبو عمران، وفيها: من قال: كتبت وصيَّة ولو في مرضه أو عند سفره، وكتب فيها: متى حدث بي حدث، وأقرها عند نفسه أو أخرجها؛ فهي جائزة، مات قبل ذلك أو بعده، إذا شهدت عليها بينة، وإنما اختلف الناس في السفر والمرض.

عياض: إن شهد في المقيدة ولم يخرجها من يده حتى مات من غير مرضه ذلك أو في غير سفره ذلك. ففي المجموع لمالك، وفي العتبيَّة لابن القاسم فيها: قولان: إنفاذها، وإبطالها حتى يجعلها بيد غيره، ويبقيها عنده والقولان في المدَوَّنة، والثاني: على اعتبار ظاهر لفظه، وكذا لو قال: في صحته دون سفره، إن مت في هذا العام، يخرج عني كذا أو كذا، هو كقوله إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا.

وأشهب: يقول إن قيدها بمرض بعينه، أو سفر بعينه فمات من مرض آخر أو سفر آخر؛ جازت.

وإن مات في غير مرض ولا سفر؛ لم تجز فهو بعيد.

قُلتُ: وذكر عياض قولًا ثالثا في المسألة، وقال: رواه أشهب وابن القاسم وعلي وابن نافع وقاله أشهب. قال: والاستحسان غير القياس، أن تنفذ وإن مات في غير مرض أو سفر.

وفيها: من كتب وصيته عند سفره، أو مرضه ووضعها على يدي رجل، ثم قبضها منه بعد برئه من مرضه، وقدومه وأقرها بيده حتى مات فشهدت عليه بينة أنها هي الوصية؛ بطلت ولم تنفذ، وإنما تنفذ إن لم يقبضها منه حتى مات.

وسمع ابن القاسم: من هلك، ووجد في بيته وصيته، وشهد رجلان أنها كتابته بيده؛ لا تجوز وصيته، وعسى أن يكون غير عازم.

ابن رُشْد: إنما يتميز عزمه بالإشهاد، أو وضعها على يدي غيره، وكذا الطلاق والصدقة.

الصقلي في الموازيَّة: إن أتى إلى الشهود، بوصيته فقرأها عليهم إلى آخرها؛ لم تنفذ إلا أن يقول اشهدوا علي بما فيها، وذكرها الشَّيخ أبو محمد في نوادره ولم يذكر فيها خلافًا.

الشَّيخ في المجموعة، ونحوه في الموازيَّة لابن القاسم: لو أوصى بغزل فحاكه ثوبًا أو برداء فقطعه قميصًا؛ فهو رجوع، وقاله أشهب، وزاد: وبفضة فصاغها خاتمًا، أو بشاة فذبحها؛ فهو كله رجوع؛ لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى به. قال: وكذا بقطن ثم حشا به أو غزله.

وفي نوازل سَحنون: من أوصى بدار فهدمها، أو بعرصة فبناها، فالوصيَّة ثابتة والورثة شركاء مع الموصى له بالبناء.

قال سَحنون: إن خرجت العرصة من اسمها نظير دار أخرجت من الوصية، وإن خرجت الدار من أن تكون دارًا صارت عرصة فقد خرجت من البنيان.

ابن رُشْد: قول سَحنون في العرصة يبنيها: أن الوصيَّة بها ثابتة، والورثة شركاء مع الموصى له، خلاف قوله في سماع أبي زيد: ففي البقعة يبنيها، والدار يهدمها في بطلان الوصيَّة بذلك قولان: بالبناء والهدم.

وعلى عدم بطلانها في بناء العرصة في كونها ببنائها نافذة للموصى له، أو يكون شركاء للورثة بالعرصة، وعلى عدم بطلان الدار بهدمها في كون نقضها للموصى له قولا ابن القاسم في المجموعة وغيره.

قُلتُ: عزاه ابن زرقون لأشهب.

ابن رُشْد: وفي الثوب يوصي به ثم يقطعه، ثم يخيطه في بطلان الوصيَّة به، ثالثها: إن قال: شقتي أو ملحفتي، ويصح إن قال ثوبي.

قُلتُ: عزاه الباجي لابن القاسم. ابن رُشْد: وعلى الثاني يختلف هل يكون له الثوب مخيطًا أو يكون مع الورثة شريكًا.

قلت ثالث: أقول العرصة والدار عزاه الباجي لأشهب، قال: وهذا رجوع من أشهب في تعلقه بالأسماء.

وفيها: من أوصى بشيء معين لرجل، من دار، أو ثوب، أو عبد، ثم أوصى بذلك لرجل آخر؛ فهو بينهما.

وفيها: إن قال: العبد الذي أوصيت به لزيد هو وصيَّة لعمرو؛ فذلك رجوع.

زاد الشَّيخ عن الموازيَّة: إن لم يقبله الثاني فلا شيء للأول.

وفيها: إن أوصى بعتق عبد نفسه، ثم أوصى به لرجل ثم أوصى به للعتق، فالأخيرة تنقض الأولى إذ لا يشترك في العتق.

زاد الشَّيخ: وقاله أشهب في الوصايا الثالث، وقال في الثاني: إن أوصى به لرجل بعد أن أوصى بعتقه فالعتق أولى.

الصقلي ابن الموَّاز عن أشهب: من أوصى بعبده لفلان، ثم أوصى أن يباع وقال: بيعوه من فلان وسمى ثمنًا أو لم يسم ثمنًا، لم يحط عنه شيء، فإن لم يقبله عاد ميراث. ولو قال: عبدي لفلان وبيعوه من فلان، فليبع منه بثلثي ثمنه، ويعطى ذلك لفلان، فإن ترك موصى له بابتياعه شرائه والثلث الذي أوصى له به للورثة دون الموصى له به، وللموصى له بالعبد ثلثا ثمنه.

ابن القاسم: من أوصى بعبده لفلان، وفي وصيَّة أخرى أن يباع من فلان غيره، ولا

مال له غيره؛ فثلثه بينهما أرباعًا، للموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه، وللموصى له بالبيع ربعه.

قال ابن عبدوس: وقاله أشهب.

قُلتُ: هذا خلاف قول أشهب أولًا: أن ذلك رجوع عن الوصيَّة لفلان، ثم أوصى ببيعه فتأمله.

قال: وقال سَحنون: من أوصى أن تباع داره من فلان بمائة، وأوصى بعد ذلك أن تباع تلك الدار من آخر بخمسين، فإن حملها الثلث بيع نصفها من هذا بخمسين، ونصفها من هذا بخمسة وعشرين، وإن لم يحملها الثلث خير الورثة، إما أجازوا أو برؤوا لهم من ثلث الميت في الدار فيكون بينهما نصفين.

وفيها: من أوصى لرجل بشيء من صنف ذكر منه كيلًا أووزنًا أو عددًا من طعام، أو عرض، أو عين أو غيره وبعدد بغير عينه من رقيق، أو غنم، ثم أوصى له هذا ذلك الصنف بأكثر من تلك التسمية، أو أقل، فله أكثر الوصيتين كانت الأولى أو الأخرى.

ومثله سمع يحيى ابن القاسم: ابن رُشْد: هذا نص قول ابن القاسم، وروايته في المدَوَّنة وغيرها، وسواء كانت في كتاب واحد أو كتابين.

وقال مُطَرِّف: إن كانت الأولى أقل فله الثانية، وإلا فله الوصيتان معًا كانت في كتاب أو كتابين، وقال ابن الماجِشُون كابن القاسم: إن كانتا في كتابين، وكقول مُطَرِّف: إن كانتا في كتاب واحد قال: وهذا إن كان بين الوصيتين وصايا لغيره، وإن لم يكن بينهما كلام من غير الوصيَّة فذلك كما إذا نسق الوصيتين، كقوله: لزيد عشرة، ولزيد عشرون، فتكون له العشرة، والعشرون، وكذا على مذهبه: لو قال لزيد عشرون، ولزيد عشرة، بغير واو لم يكن إلا عشرة، قال ذلك تأويلًا على مات، رواه عن مالك: من أن له الوصيتين إن كانت الأولى أكثر، والثانية وحدها إن كانت الأولى أقل، إذا لم يسمعا منه تفرقة بين أن تكون الوصيتان في كتابين أو كتاب واحد، ولا مساواة بين ذلك.

الباجي: روي عن يحيى عن ابن القاسم: من أوصى لرجل بعشرة دنانير، ثم أوصى له بعشرة دنانير؛ فله العددان.

ولما ذكر الباجي نحو ما تقدم. قال: وعلى هذا تجري الوصيتان في الذهب والفضة، والعروض والحيوان، والدور والثياب وغير ذلك، ما لم يكن في معين، قاله أشهب، ورواه ابن القاسم وروى ابن حبيب عن الأخوين: أن ذلك في المكيل والموزون، وأما العروض فله الوصيتان، تفاضل ذلك، أو تساوى كانا في كتاب أو كتابين.

ابن زرقون: ولابن الماجِشُون في ديوانه: إن أوصى له بعرضين مختلفين، فإن كانا في وصيَّة واحدة؛ كانا له، وإن كانا في وصيتين؛ فله الأكثر من قيمتهما.

وما ذكره الباجي وابن زرقون، ذكره ابن رُشْد، فقال هو والباجي واللفظ للباجي: لا خلاف أن الدراهم من سكة واحدة متماثلة، وكذا الأفراس والإبل والعبيد، وأما الدنانير والدراهم، فقال ابن حبيب: روى ابن الماجِشُون: أنهما متماثلان صنف واحد؛ يريد: في الزكاة يعتبر الأقل والأكثر.

وقال ابن القاسم وأَصْبَغ: هما غير متماثلين.

ابن رُشْد: والقولان قائمان من المدَوَّنة.

محمد: وكذا القمح والشعير، والدراهم والسبائك من الفضة، ولو أوصى له بعددين متساويين كمن أوصى له بعشرة دنانير، ثم أوصى له بعشرة دنانير، فليحيى عن ابن القاسم له العددان معًا، وعليه مذهب مالك وأصحابه.

وفي معونة عبد الوهاب: له أحدهما، لجواز كون الثانية تكرارًا وهذا بنحو القول. أشهب: فيمن أوصى لرجل بثلثه ثم أوصى له بثلثه. ابن زرقون: انظر قوله: هذا قول مالك وأصحابه.

ففي الموازيَّة: روى ابن القاسم: أن له أحدهما كقول عبد الوهاب.

الباجي: يحاص بالثلث، ثم أوصى له بعبد ودنانير، فقال أشهب: يحاص بالثلث بعدة دنانير أو قيمة العبد.

وقال ابن القاسم وسَحنون: معناه: أن ماله عين كله.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: يضرب له بأكثر الوصيتين من العدد والثلث، أَصْبَغ:

وفيها شيء، ولها تفسير، وقول سَحنون معناه: أن ماله عين كله؛ يريد: فيكون الثلث من جنس عدد الدنانير، فعلى قوله: يقضى له بأكثرهما، يحمل على أن الوصيَّة عين كله، ويحمل قوله: أنه يجمع له الوصيتان على أن الوصيَّة عين وعرض.

ابن زرقون: وإلى ذلك أشار أَصْبَغ بقوله: ولها تفسير فيتحصل فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: يحاص بالأكثر كان ماله عينًا، أو عرضًا، أوصى له بعين أو عرض، وهو ظاهر مذهب ابن القاسم.

الثاني: يحاص بهما من غير تفضيل، وهو قول أشهب.

الثالث: إن كان ماله كله عينًا وأوصى له بعين؛ ضرب له بالأكثر، وإن كان ماله عرضًا، وأوصى له بعرض؛ ضرب لهما، وهو قول سَحنون وأَصْبَغ.

ولو أوصى له بثلث، ثم أوصى له بثلث آخر؛ يحاص بثلث واحد، وعلى مذهب ابن القاسم وأكثر أصحابنا: يحاص بالثلثين.

كمن أوصى بعدد، ثم أوصى بثلث، إلا أن يريد: أن كونه ممنوعًا من الزيادة على الثلث يقتضي حمل الوصيَّة الثانية على أنها هي الأولى.

وفيها: من أوصى بثلث ماله، وبربع ماله، وأوصى بشيء بعينه لقوم نظر إلى قيمة هذه المعينات، وإلى ما أوصى به من الثلث والربع، فيضربون في ثلث الميت بمبلغ وصاياهم، فما صار لأصحاب الأعيان أخذه في ذلك، وما صار للآخرين كانوا به شركاء مع الورثة. فإن هلكت الأعيان؛ بطلت الوصايا فيها، وكان ثلث ما بقي بين أصحاب الثلث والربع يتحاصون فيه.

ومن أوصى لرجل بعبده وللآخر بسدس ماله، والعبد هو الثلث؛ فالموصى له بالعبد ثلثا الثلث في العبد، والآخر شريك للورثة بخمس بقية التركة، وقاله عن ابن زياد ورواه عن مالك وعليه قول ابن القاسم.

عياض: إنما نبه لهذا سَحنون تنبيهًا لما تقدم من خلاف عن ابن القاسم في ذلك في العتبيَّة والموازيَّة: إن للموصى له سدس المال سدس ما صار من العبد للموصى له بالعبد؛ لأنه لما قال سدس مالي لفلان، وقد أوجب له سدس العبد.

الشَّيخ: روى علي في المجموعة، من أوصى لرجل بعبد، ولآخر بثلث ماله فليعاولا، فإن كان الثلث مثل قيمة العبد فالثلث بينهما شطرين، يأخذ هذا في العبد نصفه، والآخر شريكًا للورثة بالخمس.

أشهب: إذا كان العبد السدس وأوصى لآخر بالسدس، فالعبد كله للموصى له، والآخر شريك للورثة بالخمس، ومن قال: يكون له سدس خمسة أسداس، ويكون سدس العبد بينه وبين الآخر فقد أخطأ، إنما يؤخذ في الوصايا بما يرى أن الميت أراده.

قال أبو محمد: يريد: قولا لابن القاسم.

قال سَحنون: فلا يدخل الموصى له بالثلث على أصل التسمية، ولا يكون رجوعًا عن العبد.

قال أشهب: فإن كان العبد هو الثلث، وأوصى بالسدس؛ فللموصى له بالعبد ثلثا الثلث في العبد، والآخر شريك للورثة بالسبع فيما بقي من العبد وغيره.

ولو كان العبد السدس، وقد أوصى بالثلث؛ فلكل واحد ثلثا وصيته على هذا التفسير. قال سَحنون: فإن أجاز الورثة؛ فالعبد للموصى لهبه والثلث كاملًا للموصى له. وسمع يحيى ابن القاسم: إن أجازوا فليس عليهم تسليم العبد مع جميع الثلث؛ بل العبد وثلث ما بقي، فيقسم ثلث العبد بينهما، فيأخذ الموصى له بالثلث سدس العبد، وثلث ما بقي سوى العبد، ويأخذ الآخر بقية، العبد وهو الذي أنكر سَحنون ومحمد.

وفيها: من أوصى لحمل امرأة، فأسقطت بعد موت الموصي؛ فلا شيء له إلا أن يستهل صارخًا.

وفي عتقها الثاني: من قال: أول بطن تضعينه فهو حر، فوضعت توأمين فهما حران. وفيها أيضًا: من قال: ثلث مالي لولدي فلان، وقد علم أنه لا ولد له؛ جاز وينتظر أيولد له أم لا؟ ويساوي فيه بين الذكر والأنثى.

وفيها: من أوصى بما ل لعبد أجنبي فلسيده انتزاعه.

اللخمي: القياس أن لا ينتزع؛ لأن القصد بالوصيَّة انتفاع العبد، ولو لم يرد ذلك لأوصى به لسيده.

قُلتُ: حكم مالك السيد تسلطه على انتزاع ما ثبت ملك عبده إياه، فليس لأجنبي إبطال حقه في ذلك.

وفيها: لا تجوز وصيَّة الرجل لعبد وارثه إلا بالتافه، كالثوب ونحوه مما يريد به ناحية العبد، لا نفع سيده، كعبد كان خدمه ونحوه.

الشَّيخ في الموازيَّة عن ابن القاسم وأشهب: كالثوب والدينار.

وإن أوصى له بالشيء الكثير، وعلى العبد دين يستغرقه، أو يبقى منه ما لا يتهم فيه؛ فذلك جائز.

التونسي: وفيه نظر؛ لأن زوال الدين عن عبده يزيد في ثمنه، فينتفع الوارث بذلك، إلا أن يكون بقاء الدين عليه، وهو مأذون له تاجر لا ينقص من ثمنه كثيرًا، وزواله لا يزيد في ثمنه فيصح الجواب.

الشَّيخ: لأشهب في المجموعة: وتجوز لمكاتب وارثه بالتافه لا بالكثير، إلا أن يكون المكاتب مليًّا يقدر أن يؤدي؛ فذلك جائز.

اللخمي عن أشهب: إن لم يقدر على الأداء إلا بالوصية، والأداء أفضل لسيده؛ لم تجز، وإن كان العجز أفضل؛ جازت، وأرى أن تجوز مطلقًا؛ لأن القصد بها خروج المكاتب من الرق.

واختلف فيمن زوج ابنته في مرضه وضمن مهرها قيل: الضمان جائز وهي وصيَّة للزوج، وإن صارت المنفعة للابنة، وقيل: لا تجوز والأول أحسن.

وفيها: إن أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره؛ جاز، ولا ينتزع ذلك الابن منه.

وإن أوصى لعبد نفسه بما حمله الثلث؛ جاز، وليس للوارث انتزاعه ويباع بما له، ولمن اشتراه انتزاعه.

اللخمي: وقال أشهب: يقر ذلك بيد العبد حتى ينتفع به، ويطول زمانه ولا ينتزعوه، وإن باعوه قبل طول زمانه.

واستحسنت في الكثير ما ذكرت لك؛ لأن القياس،إما أن ينتزعوه مكانه أو لا ينتزعوه أبدًا، وأن لا ينتزعوه بحال أحسن، وكذا أرى في المشتري أن لا ينتزعه؛ لأن

بيعه على أن لا ينتزعه كانتزاع الوارث، فقد يكون ثمنه خمسون دينارًا، أو في يده خمسون، فإن بيع بماله على أن ينتزعه كان ثمنه مائة أو ما يقاربها، فكان البائع هو المنتزع إذا سلطه على ذلك، وأخذ له ثمنًا، ولو بيع على أنه في يده كالحبس لم يزد في ثمنه كبير شيء.

وفيها: قال مالك: من أوصى لعبده بثلث ماله، وقيمة الثلث؛ عتق جميعه، وما فضل من الثلث كان للعبد، وإن لم يحمله الثلث عتق منه محمله، ابن القاسم: إن لم يحمله، وللعبد مال استتم منه عتق نفسه.

وروى ابن وَهْب: إن أوصى له بثلث ماله، أو سدسه، جعل ذلك في رقبة العبد، فإن كانت قيمته السدس؛ خرج حرًّا.

قال مالك: وإن لم يترك غير العبد، وأوصى له بثلث ماله وبيد العبد؛ يعتق منه.

قُلتُ: وثالثها للصقلي وغيره عن المغيرة: لا يعتق إلا ثلثه فقط؛ لأن ما ملك من ثلث نفسه لا يملك رده، فهو كمن ورث بعض من يعتق عليه، فإنه لا يقوم عليه.

قُلتُ: ففي عتقه فيما يجب له من الثلث، فإن قصر عن قيمته؛ استتم بما بيده من مال.

وروى ابن وَهْب فيها: لا يستتم به، وثالثها للمغيرة: لا يعتق منه غير الثلث مطلقًا.

قُلتُ: نقله ابن رُشْد في رسم أسلم آخر شرب خمرًا من سماع ابن القاسم عن ابن وَهْب خلاف روايته عن المغيرة.

الصقلي لعيسى عن ابن القاسم: إن أوصى بعتق ربع عبده لم يقوم على العبد باقيه؛ لأن السيد هو المعتق، بخلاف إذا أوصى لعبده بربع نفسه هذا يقوم باقيه على نفسه.

قال مالك: لأنه لو كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما حظه قوم عليه ما بقي.

قُلتُ: يبطل هذه الأخيرة ما تقدم في وجه قول المغيرة.

ومن المجموعة قال عبد الملك: إن قال: ثلث عبدي له، ومائة دينار فليس له أخذ المائة في نفسه عتقًا بعتق ثلثه، ويرث ثلثاه ويطال له بالمال أهل الوصايا.

وإن قال: ثلثي لعبدي؛ عتق جميعه في ثلثه، أو ما حمل منه الثلث، وما فضل له.

قال مالك: وأنا أقوله، وقال لي المغيرة: وابن دينار بعتق ثلثه، ويحاص بها بقي أهل الوصايا.

ابن أبي زيد: وما وقع له كان بيده، وقال ابن القاسم: من أوصى لعبده بثلث، ولأجنبي بثلث ماله؛ تحاصا بما صار للعبد عتق فيه، وما صار للأجنبي أخذه، ولم أجد العبد؛ لأنه عتق على نفسه.

الصقلي: فصار أوصى لعبده بثلثه ويحاص بما فضل، ولا فرق في التحقيق بين أن يكون أوصى له بثلثه وبثلث نفسه ومائة دينار؛ لأن المعنى في الوجهين يؤول لمعنى واحد، وإذا أوجب أن يعتق في بقية الثلث؛ وجب أن يعتق في المائة الواجب أنه يعتق فيه يجب أن يكون مبدأ.

وسمع عيسى ابن القاسم مثل ما تقدم من قولها لابن القاسم، وزاد: لو أوصى بعتق ثلثه وأوصى له ببقية ثلثه أو بدنانير مسماة؛ لم يعتق منه إلا ثلث، وكانت له الوصيَّة دنانير أو غير ذلك.

ابن رُشْد: لا خلاف أنه لا يعتق على العبد بقيته، إلا فيما أوصى به من بقية الثلث، ولا من الدنانير التي أوصى له بها ولا في مال إن كان له سواه.

ومثله في سماع يحيى وفيه نظر؛ لأن ثلثي رقبته من بقية ماله، فإذا أوصى له بثلث فقد بقية ماله أوصى له بثلث ثلثي رقبته، فوجب على قياس قوله: أن يعتق على نفسه ثلث ثلثيه؛ لأنه قد ملكه ذلك، وإذا عتق على نفسه شيء منه وجب أن يقوم عليه بقيته في ماله على قياس قوله، ولم يفرق في سماع يحيى بين أن يوصي له بعتق ثلثه وبثلث ما بقي من ماله، وبين أن يوصي له بعتق ثلثه وببقية ثلث ماله، وهما يفترقان في وجه القياس على ما بينا.

وسمع أيضًا: من أوصى لعبده بثلث ماله، وبعتق عبد آخر فالموصى بعتقه مبدأ؛ لأنه على الميت معتق، والآخر إنما يعتق على نفسه.

ابن رُشْد: هذا بين على مذهبه، وعلى قياس قول ابن وَهْب: إنما يعتق ثلث العبد

بوصيَّة الميت لا على العبد؛ ولذا لا يقوم بقيته في بقية الثلث، إذ لا تبدأ الوصيَّة بعتق العبد عتق ثلثه، وأن يسهم بينهما وأما على بقية ثلثه فيبدأ على كل حال اتفاقا لأنها وصيَّة بمال. وفي نوازل سَحنون من أوصى لعبده بثلث ماله، وللعبد ولد قدم عتق العبد في الثلث، فإن بقي منه شيء دخل فيه الابن بالعتق بالغا ما بلغ.

ابن رُشْد: على قياس قول ابن القاسم في رسم أسلم، قيل: هذا فيمن أوصى لعبده بثلث ماله، وأوصى بوصايا أن العبد مبدأ على الوصايا، وعلى رواية أبي زيد: أنه لا يبدأ على الوصايا ويتاحصان، لا يبدأ الأب على الابن ويعتق من الأب ثلثه؛ لأنه من مال الميت الذي أوصى له بثلثه، ثم يعتق من كل واحد منهما في بقية الثلث ما حمل منه بالسوية، كمن أعتق شقصًا له في عبدين، وليس له من المال ما يقوما فيه معًا فيقوم منهما معًا ما حمله بالحصص لا يبدأ أحدهما على صاحبه.

الشَّيخ عن أشهب في المجموعة: من أوصى لرجل قد مات، وعلم بموته؛ فذلك لورثته ولدين عليه، وذكره اللخمي غير معزو كأنه المذهب.

وحكى عن مختصر ابن عبد الحَكم: أن الوصيَّة باطلة وليس فيها لوارث أو غريم شيء.

ابن عبد السلام: ولم يبعد تخريجه في الوصيَّة لقنطرة أو مسجد.

قُلتُ: يرد بوضوح قصد الوصيين لهما بأنهما لمنفعة عموم المسلمين، فهي وصيَّة لهم، بخلاف الوارث والغريم.

وقلت: الشَّيخ عن ابن كنانة: إن علم الموصي بموت الموصى له، فليشهد أنه رجع، فإن لم يشهد فلا شيء لورثة الموصى له.

قال ابن الحاجب وابن شاس: تصح الوصيَّة لميت علم الموصي بموته، فتصرف في دينه أو كفاراته وإلا فلورثته، فقبله ابن هارون.

وقال ابن عبد السلام: فيه نظر؛ لأن المذهب في الكفارات والزكاة التي فرط فيها الميت لا تخرج من ثلثه وجوبًا، إلا أن يوصي بها.

قُلتُ: لما ذكر الشَّيخ قول أشهب؛ فذلك لورثته ولدين عليه، قال: هذا إن جهل

أمر الوصية، وإن علم أنها لزكاة فرط فيها؛ فلا شيء لورثة الميت فيها، أو لدين عليه فيتصرف بها في وجه الزكاة.

من أوصى بزكاته لمن ظنهم فقراء، وهم أغنياء؛ فوصيته باطلة، وإن علم بموته بعد الوصيَّة نفذت لورثة الموصى له، وقضي بها دينه.

وفيها: وكذا وصيته لميت، ولا يعلم بموته فوصيته باطلة، وإن علم بموته بعد الوصية؛ نفذت لورثة الموصى له، وقضي بها دينه.

الشَّيخ: روى ابن وَهْب في المجموعة: وصيَّة المسلم للكافر جائزة، وقاله ابن القاسم، قال أشهب: ولو كان أجنبيًّا.

ابن حبيب عن أَصْبَغ: تجوز للذمي ولا تجوز لحربي؛ لأنها قوة لهم وترجع ميراثًا لا صدقة.

وروى ابن وَهْب: من نذر صدقة على كافر لزمه.

الباجي: قال عبد الوهاب: تجوز الوصيَّة للمشركين، ولو كانوا أهل حرب.

وفي المجموعة: من أوصى لبعض أهل الحرب، وقال: فإن أجيز ذلك، وإلا فهو في السبيل لم تجز هذا في سبيل ولا غيره، ويورث، وهذا يقتضي أن الوصيَّة للحربي لا تجوز.

قُلتُ: قيد ابن رُشْد إطلاق قول أشهب فجوازها للذمي لكونه ذا نسب من جوار أو يد سلفت.

وفيها: وإن أوصى له بعد ضربه وعلم به، فإن كانت الضربة خطأ؛ جازت الوصيَّة في المال والدية، وأما في العمد؛ فتجوز في ماله دون الدية؛ لأن قول الدية كمن لم يعلم به.

اللخمي: قال محمد في الخطأ: هي في المال والدية، علم أو لم يعلم به، قاله إن أوصى له بعد الجناية عمدًا، أو لم يعلم أنه قاتله.

قال محمد: هي نافذة له علم أو لم يعلم.

الصقلي: ولو أنفذ قاتله مقاتلة كقطعه نخاعه، أو مصرانه وبقي حيًّا يتكلم فقبل

أولاده الدية، فعلمها فأوصى فيها وصاياه؛ لأنه مال طرأ له، وعلم به قبل زهوق نفسه، فوجب أن تجوز وصاياه فيه.

وفيها: والموصى له إذا قتل خطأ؛ جازت الوصيَّة في ماله دون الدية، وإن قتله عمدًا فلا وصيَّة له في مال، ولا دية كمن قتل مورثه خطأ، فإنه يرث من المال دون الدية.

وإن قتله عمدًا، لم يرث من مال ولا دية، قال محمد: لأن الدية أديت عنه، فهو يؤدي فيها فلا يؤدي عن نفسه.

اللخمي: قوله بمنزلة الميراث غير بين؛ لأن منع الميراث من الدية شرع، ولو أوصى بأن يورث منها ما جاز، ولو أوصى لغير الوارث أن يعطي ثلث الدية؛ جاز والاعتراض؛ لأنه لا يأخذ مما يؤدي غير صحيح.

فلو أوصى لغريمه بثلث ماله، كان للغريم من الدين الذي عليه ثلثه.

ولما ذكر الصقلي تعليل محمد، قال: وسواء مات بالفور أو حيي وعرف ما هو فيه، بخلاف ما لو أوصى لغير القاتل بعد أن حيي وعرف ما هو فيه، أن الوصايا تدخل في المال والدية؛ لأن الموصى له ليست الدية عليه.

وساوى بعض أصحابنا بينهما، وهو خطأ، وكذا في العمد إن مات مكانه؛ بطلت الوصيَّة له، وإن حيي ولم يغير وصيته فقيل: تكون وصيته ثابتة؛ لأن سكوته عنها كالمجيز لها فوجب أن تجوز في ماله، وقيل: بطلت حتى يبتدئ في إجازتها بلفظ آخر، كما قال في المدَوَّنة: إذا قتل المدبر سيده فحيي بعد ضربه إياه فمات؛ إن تدبيره يبطل حتى يجدده، وعلى ما تقدم يكون بسكوته كأنه مجيز لما تقدم من التدبير.

الشَّيخ لأشهب في الموازيَّة والمجموعة: من أوصى لمعتق وقتله بعد الوصية؛ نفذت وصيته ولا تهمة عليه، وكذا الصبي والمعتوه أعذرهما وقد يؤاخذ الصبي بفعله.

ولو أوصى لمكاتب رجل فقتله سيد المكاتب، فإن كان ضعيفًا عن أداء الكتابة وعجزه أفضل لسيده بطلت الوصية، وإن كان قويًّا على الأداء وعجزه أفضل لسيده لكثرة ثمنه، وقلة ما بقي عليه؛ فالوصيَّة جائزة، فلو قتله خطأ جازت له من ماله بكل

حال، واستحسن هٰهنا أن يكون من ثلث عقله.

وقال في الموازيَّة: ولو أوصى لعبد رجل أو مدبره أو معتقه إلى أجل أو معتق بعضه له، فقتل سيده الموصي؛ بطلت الوصية، إلا أن يكون بالتافه لا يتهم السيد فيه؛ فتنفذ في العمد والخطأ، وإن كان شيء له بال؛ بطلت في العمد؛ وتجوز في الخطأ في ثلث ماله.

واستحسن أن تكون هٰهنا في ثلث عقله، ولو قتل الموصي ابن الموصى له، أو أبوه أو عبده، أو أم ولده عمدًا، أو خطأ؛ فالوصيَّة ماضية.

ولو وهب لرجل في مرضه هبة فقتله الموهوب؛ فالهبة جائزة من الثلث، قتله عمدًا أو خطأ، إن كانت بتلًا عاش أو مات؛ لأن قتله أو ضربه، لو عاش كانت من رأس ماله، وهي الآن من ثلثه، ولو أقر له بدين في مرضه فقتله؛ فالدين له ثابت.

محمد: ولو كثر الدين؛ لأنه ليس بقتله ثبت الدين.

قُلتُ: إن كان الدين مؤجلًا في حلوله بموته نظر.

قال: (ولو أقر لوارثه بدين أو وهب له هبة بتلًا فقتله الوارث؛ فلا شيء له وذلك بخلاف الأجنبي).

قُلتُ: روى أبو أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبة حجة الوداع: «**إن الله أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصيَّة لوارث، الولد للفراش وللعاهر الحجر وحسابهم على الله**»(1) الحديث أخرجه الترمذي وصححه.

وروى الدارقطني عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تجوز الوصيَّة لوارث إلا أن يشاء الورثة**»(2)، رواه ابن جريج عن عطاء الخراساني عن ابن عباس، وعطاء هذا لم يرو ابن عباس ووصله يونس بن راشد عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس، قال عبد الحق: والمقطوع هو المشهور.

---

(1) أخرجه الترمذي: رقم (2122) في الوصايا، باب ما جاء لا وصيَّة لوارث، والنسائي: 6/247 في الوصايا، باب إبطال الوصيَّة للوارث.

(2) أخرجه الدارقطني: 4/97- رقم: (89) كتاب الفرائض والسير، وغير ذلك.

قُلتُ: يونس بن راشد الجزري قاضي حران صدوق، قاله الذهبي والمزني، وفي الموطأ: قال مالك: السنة عندنا التي لا خلاف فيها أنه لا تجوز وصيَّة لوارث، إلا أن يجيزها ورثته، وإن أجاز بعضهم؛ جاز له حق من أجاز.

قُلتُ: وعلى نقل ابن فتوح عن عبد الملك: ليس لوارث أن يجيز ما زاده الموصي على الثلث؛ لأنه عقد فاسد للنهي عنه يتخرج مثله في الوصيَّة للوارث.

اللخمي: إن أوصى بأكثر من ثلثه فأجاز الابن وعليه دين، فقال ابن القاسم: للغرماء رد ذلك.

قال ابن القُصَّار: إن أجاز الوارث ما أوصى به الميت من الزيادة، أو الوصيَّة للوارث كان ذلك تنفيذًا لفعل الميت، لا ابتداء عطية من الوارث، والأول أحسن وهو أصل.

أشهب في كتاب محمد: وإن أجاز الوارث ولا دين عليه، فلم يقبض ذلك الموصى له حتى استدان الوارث أو مات، كان غرماء الولد وورثته أحق بها؛ لأنها هبة لم تجز عنه.

وقال أشهب: يبدأ بوصيَّة الأب قبل دين الابن، والأول أحسن.

وفيها: من أوصى بثلثه لوارث، وقال: إن لم يجزه باقي الورثة فهو في السبيل؛ لم يجز ذلك، وهو من الضرر.

الشَّيخ عن أشهب في المجموعة: إلا أن يجيز ذلك الورثة للوارث؛ فيجوز.

أبو عمر في الكافي: رواه ابن أبي أويس عن مالك، وروى ابن القاسم عنه: أنها مردودة.

الشَّيخ عن أشهب: إن أوصى لبعض أهل الحرب، وقال: إن أجيز ذلك وإلا فهي في سبيل الله؛ لم تجز في سبيل الله ولا غيره.

وفيها: لو قال: داري في السبيل إلا أن ينفذها الورثة لأبني؛ فذلك نافذ على ما أوصى الشَّيخ، وقاله ابن وَهْب، والمدنيون وابن كنانة، وابن نافع وأَصْبَغ استحسانًا قائلًا وفيه مغمز.

وقال أشهب: لا تجوز، وهو من الضرر كالأول، أَصْبَغ: وهو القياس، وفيها وفي الموطأ والعتبيَّة: قال مالك: إن أذن الورثة للصحيح أن يوصي بأكثر من ثلثه، لم يلزمهم ذلك إذا مات؛ لأنهم أذنوا في وقت لا منع لهم.

أبو عمر: هذا مشهور مذهبه،وعنه أنه يلزمهم.

ابن زرقون في الموازيَّة: من قال: ما أرث من فلان صدقة عليك، وفلان صحيح؛ لزمه ذلك إن كان في غير يمين فهذا مثل ذلك.

قُلتُ: زاد اللخمي: والأول أشهر، وهذا أقيس، كمن أوجب الصدقة بما يملك إلى أجل، أو في بلد سماه أو بعتق ذلك أو بطلاق من يتزوج فيه.

وخرج ابن الحاجب في نوازله على ما في الموطأ: إن رد ما أوصى له به في صحة الموصي، ثم قبله بعد موته، صح قبوله؛ لأنه لم تجب له الوصيَّة إلا بموت الموصي.

وسمع ابن القاسم: من استأذن وارثه في وصيته بأكثر من ثلثه، وهو يريد الغزو أو السفر فأذن له فمات الموصي؛ لزم وارثه ما أجازه كالمريض.

أَصْبَغ: ورجع عنه ابن وَهْب إلى أنه لا تلزمه إجازته، أَصْبَغ: وهو الصواب.

ابن رُشْد: ومثله قول ابن القاسم في سماع عبد الملك: من أقر عند خروجه لحج أو غزو أو سفر بدين لزوجته أو لبعض ولده، أو تصدق على ابنه الصغير بصدقة؛ إن ذلك كله جائز، وإن مات من سفره ذلك؛ لأنه حكم له في كل ذلك بحكم الصحيح فلم يتهمه.

وفيها: قلت: من أوصى في مرضه بأكثر من ثلثه، فأجاز ورثته ذلك قبل موته من غير أن يطلب الميت ذلك، أو طلبهم فأجازوا، ثم رجعوا بعد موته. قال: قال مالك: إن استأذنهم في مرضه فأذنوا له ثم رجعوا بعد موته، فمن كان بائنًا من ولد أخ أو ابن عم؛ فليس ذلك لهم، ومن كان في عياله من ولد قد احتلم وبناته وزوجاته، فذلك لهم، وكذا ابن العم الوارث إن كان ذا حاجة إليه، ويخاف إن منعه، وصح أن يضر به في منعه رفده، إلا أن يجيزوا بعد الموت فلا رجوع لهم بعد ذلك.

أبو عمر: وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يلزم الورثة إجازتهم في المرض.

الباجي: وقال عبد الملك في المجموعة: في مريض باع عبدًا بأقل من ثمنه بأمر بين، لا إجازة للورثة قبل الموت، إذ لعل غيرهم يرثه.

الصقلي ليحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إن أذن له ورثته في مرضه، ثم صح وأقر وصيته ثم مرض فمات لم يلزمهم ذلك الإذن؛ لأنه صح، واستغنى عن إذنهم حتى يأذنوا في المرض الثاني. قال ابن كنانة: ويحلفون ما سكتوا عنه تغير ذلك رضي به.

الباجي: يريد: رضى به في المرض الثاني، قال ابن الحاجب: فإن كان في المرض ولم تتخلل صحة فكالموت على الأشهر، إلا أن يتبين عذره من كونه عليه نفقته أو دينه أو سلطانه.

ابن عبد السلام: قصاراه توقع إكراه بالمال، وفي اعتبار الإكراه به، وإن كان محققًا قولان.

قُلتُ: يرد بأن القول بالغا الإكراه بالمال، إنما يلزم في الذي إن فعل اختيارًا لزم اتفاقًا وهو حق لفاعله، قال: فعله والوارث مختلف في لزوم إجازته، وهي فيما لا يملكه في الحال.

عياض: قوله: في الموصي في مرضه، بأكثر من ثلثه فأجاز ذلك ورثته من غير أن يطلب ذلك منهم، أو طلبه ثم أجاب عن مسألة طلب ذلك منهم، ولم يفسر إذا لم يطلب ذلك وتبرعوا به.

فقال بعض الصقليين: جوابه في الوجهين سواء؛ لأنهم يقولون بادرنا بالإجازة لتطيب نفسه، وخوفنا منه إن لم نبادر؛ وقال بعض القرويين: إن أجازوا قبل استئذانهم لم يكن لهم رجوع، كان في عياله أو لم يكن، وإليه نحا التونسي وغيره.

وفيها: (ولا يجوز إذن البكر ولا السفيه)، الصقلي: قال ابن كنانة: إلا المعنسة فيلزمها، وإذن الزوجة في مرضه لا يلزمها لخوفها منه إن صح، وليست التي يسلمها زوجها ذلك كالتي تبدأ الإجازة، فينظر الإمام في ذلك.

أشهب: ليس كل زوجة لها أن ترجع، رب زوجة لا ترهب منه، ولا تخافه فلا رجوع لهذه، وكذا ابن كبير وغير سفيه، وهو في عيال أبيه لا رجوع له إن كان لا يخدع،

وقال ابن القاسم: لهؤلاء أن يرجعوا إن كانوا في عياله.

الباجي: قال عبد الوهاب: لا يلزم الإذن من كان في عياله، ولا من له عليه دين يخاف أن يلزمه به، أو يكون سلطانًا يرهبه.

وروى ابن القاسم وابن وَهْب في المجموعة: إن استوهب المريض وارثه ميراثه ففعل، ثم لم يقض فيه شيئًا؛ رد إلى واهبه.

قال عنه ابن وَهْب: إلا أن يكون سمى له من وهب له من ورثته، فذلك ماض.

زاد الباجي: وهو معنى ما في الموطأ.

الباجي: ومن أوصى لوارث، فأنفذ ذلك، ثم قال بعض الورثة: لم أعلم أن الوصيَّة لا تجوز له، فروى محمد: يحلف ما علم، ويكون له نصيب منه.

قُلتُ: ومثله سمع عيسى ابن القاسم في كتاب الهبات وفي الشفعة منها، ومن عوض من صدقة، وقال: ظننت أن ذلك يلزمني فليرجع في العوض إن كان قائمًا، وإن فات فلا شيء له.

وقال ابن رُشْد: في رسم العرية وسماع عيسى من كتاب العتق: هذا أصل اختلف فيه، وهو من دفع ما لا يجب عليه جاهلًا، ثم أراد الرجوع فيه.

منه مسألة كتاب الشفعة: فذكر المسألة قال: ولها نظائر كثيرة، في المدَوَّنة والعتبيَّة، وأشبعنا القول فيها في رسم أوصى من سماع عيسى من الصدقات والهبات، ويتحصل فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: لا رجوع له فيما أنفذ بحال، وإن علم أنه جهل إذ لا عذر له في الجهل.

والثاني: له الرجوع إن ادعى الجهل، وأشبه ما ادعاه مع يمينه على ذلك، وقيل: بغير يمين.

والثالث: أنه ليس له أن يرجع في ذلك إلا أن يعلم أنه جهل بدليل يقيمه على ذلك، وهو قول سَحنون في نوازله من كتاب الصدقات.

قُلتُ: عزا الأول في سماع عيسى لظاهر قول ابن القاسم في آخر الوصايا من المدَوَّنة، في الابن الذي ليس في عيال الرجل يأذن له في مرضه في الوصيَّة بأكثر من

الثلث، ثم ينفذ ذلك بعد موته أنه ليس له أن يرجع في ذلك. ظاهره: وإن كان جاهلاً يظن أن إذنه له في مرضه جائز عليه، وعزا الثاني لسَمَاع عيسى، وقال في قوله في السماع: مع يمينه، بغير يمين تهمة فيحلف فيها إلا أن يحقق عليه الدعوى بأنهم أنفذوها بعد علمهم أن ذلك لا يلزمهم، فيجب عليهم اليمين اتفاقًا.

قال: ولسَحنون في نظير هذه المسألة أنهم لا يصدقون في دعوى الجهل، فقال له السائل: أقم البينة أنه قال: هذه الصدقة لا يجوز لك منها إلا الثلث، فقال له: إن أقمت البينة بهذا فلك الرجوع فيما أخذ منك، فلم يصدقه في دعوى الجهالة إلا بدليل يصدق قوله، وهو إقامة البينة على ما زعم أنهم غروه به وقالوه له.

وعلى قول أشهب في سَمَاع أَصْبَغ في كتاب النكاح فيمن زوج ابنته على أنها بكر فزعم أنه وجدها ثيبًا: لا عذرة لها إنها تلزمه، ولا شيء له أن الجاهل في هذا لا يعذر بالجهل.

ومثله قول سَحنون في نوازله من كتاب العيوب: فيمن يشتري العبد فيقول للتاجر هل فيه عيب؟ فيقول: هو قائم العينين. فسأل عن قائم العينين، فيقال: هو الذي لا يبصر؛ أن البيع له لازم ولا رد له.

وفيها: من أوصى لوارث ثم حدث من يحجبه؛ جازت إن مات؛ لأن تركه لها بعد علمه بمن يحجبه إجازة لها.

وسمع يحيى ابن القاسم: من أوصت لزوجها ثم ماتت، وقد طلقها إن علمت بطلاقها؛ فوصيتها جائزة، وإن لم تعلم لم تجز؛ لأنها أوصت يوم أوصت، وهي تظن أنه يرثها، والوصيَّة للوارث لا تجوز.

سَحنون: وقال أشهب: هي جائزة، وإن لم تعلم وأخبرت علي المخزومي وابن أبي حازم وابن كنانة وابن نافع: إن وصيتها له جائزة.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم: صحيح واعتلاله ضعيف.

ولو قال: لا تجوز وصيتها له إلا أن تعلم بطلاقه إياها؛ لأنها إذا أوصت له لما بينهما من حرمة الزوجية ومودتها، فأرادت أن تزيده على ميراثه، ولعلها لو علمت أنه

طلقها لم توص له بشيء، فالأظهر قول أشهب، والأظهر في التي أوصت لزوجها، ثم طلقها قول ابن القاسم، وروى ابن القاسم مثل قول أشهب.

وفيها: من أوصى لامرأة ثم تزوجها بعد صحته، ثم مات؛ بطلت وصيته.

اللخمي: وإن تزوجها في مرضه لم تبطل الوصيَّة وكذا إن أوصى لها في المرض وتزوجها في المرض؛ لأن النكاح فاسد وهي غير وارثة وإن تزوجها في الصحة ثم طلقها في المرض ثم أوصى لها، فالوصيَّة باطلة؛ لأن الطلاق في المرض لا يبطل الميراث. وإن كانت وارثة؛ لم تصح الوصية، كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها، إن كان سؤال منها أن لا ميراث لها، ولها الوصيَّة إن كانت مثل ميراثها فأقل.

محمد: ولو وهب أخاه هبة بتلها له في مرضه، وقبضها الأخ ثم مات الولد وصار الأخ وارث؛ لبطلت الهبة؛ لأنها إنما تخرج من الثلث.

وسمع عيسى بن القاسم: من أوصى لأقاربه بثلث ماله، قال: قال مالك: هي لقرابته من قبل أبيه، ولا شيء لقرابته من قبل أمه، إلا أن لا يكون له قرابة من قبل الرجال، فيكون لقرابته من قبل النساء.

قال عيسى وقال أشهب: استحب أن يدخل فيه قرابته من قبل الرجال والنساء لأبيه وأمه.

ابن رُشْد: إن لم يكن له يوم أوصى قرابة من قبل أبيه، فالوصيَّة لقرابته من قبل أمه اتفاقًا.

فإن كان له يوم أوصى قرابة من قبل أبيه، فقال ابن القاسم وروى: لا يدخل في ذلك قرابة أمه.

قال: وإن لم يبق منهم إلا خال أو خالة فلا شيء لهم.

وقال أشهب: يدخل في ذلك قرابة أمه وأبيه.

ابن زرقون: إن أوصى ولا قرابة له من قبل أبيه، فالوصيَّة لقرابة أمه اتفاقًا. وإن كان له قرابة يوم الوصيَّة من قبل الأب، فاختلف على ثلاثة أقوال:

قال ابن القاسم: لا يدخل فيه القرابة من قبل الأم بحال.

وروى الأخوان: دخولهم بكل حال، وقال عيسى: لا يدخلون إلا أن لا يبقى من قرابة الأب أحد.

الباجي: قال أشهب: لا يدخل في ذلك قرابته الوارثون استحسانًا، وليس بقياس، وكأنه أراد غير الوارث كالموصي للفقراء بمال، ولرجل فقير بمال فلا يدخل مع الفقراء في مالهم، رواه أحمد، فأراد أشهب باستحسان التخصيص بعرف الاستعمال، والقياس عنده حمل اللفظ على عمومه، فاعرف مقصده في الاستحسان والقياس.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: ولو أوصى لأقارب فلان، دخل الوارث وغيره من الجهتين بخلاف أقاربه للقرينة الشرعية، ويؤثر في الجميع ذو الحاجة وإن كان أبعد.

قُلتُ: ظاهر لفظها إطلاق عدم دخوله وارث الموصي من القرابة، خلاف ما يأتي من رواية ابن حبيب: إن من يرثه كمن لا يرثه، فيحمل لفظ ابن الحاجب على الوارث بالفعل، ولفظ الرواية على الوارث بالسبب دون الفعل كابن العم والأخ للأم مع الولد الذكر أو الأنثى، ولا أعرف لفظهما إلا لوجيز الغزالي، وزاد: وقيل: يوزع فيبطل حظ الوارث ويصح الباقي.

قُلتُ: وفي حمل نقل ابن شاس، والرواية على القولين اللذين ذكرهما الغزالي احتمال، والأظهر إن علم الموصي أنها لا تجوز لوارثه وزعت وإلا فلا.

اللخمي: قال أشهب: ولا يفضل الأقرب وأسعدهم به أحوجهم، وقال ابن كنانة: إن قال صدقة؛ لم يعط إلا الفقراء، وإن لم يقل صدقة؛ فأغنياؤهم وفقراؤهم سواء.

قُلتُ: في النوادر روى محمد بن المَوَّاز وابن عبدوس: من أوصى لأقاربه قسم الأقرب فالأقرب.

ابن رُشْد: قول أشهب في الموازيَّة: يبدأ بالفقراء، ويعطي بعد الأغنياء فرأى قسم ذلك على الاجتهاد.

واختلف قول ابن القاسم في ذلك في المدَوَّنة للذي يوصي لأخواله وأولادهم.

الباجي: لو كان بعض أقاربه مسلمين ونصارى، فقال أشهب: يسوي بينهم، ولعيسى عن ابن القاسم: الرجال والنساء في ذلك سواء.

ولعل هذا على قول من يرى دخول المؤنث في جمع المذكر، أو لأن ذلك عرف الاستعمال.

الباجي عن أشهب في المجموعة: قوله: لذي رحمي كقوله لذي قرابتي.

ابن حبيب: قوله: لقرابته أو لرحمه، أو لذي رحمه أو أهله أو لأهل بيته، فقول مالك وأصحابه: إنه لكل قرابته من قبل أبيه وأمه ومن لا يرثه.

الشَّيخ: قوله: لقرابته وذوي رحمه وأهله.

قال ابن الماجِشُون: فيه في موضع آخر من الواضحة، يقسم بينهم على الاجتهاد، ويؤثر الأقرب فالأقرب والأحوج فالأحوج، إن اتسع المال ولابد من عمومهم كلهم، فإن ضاق المال سوى بينهم؛ لأنهم كلهم قرابة.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من قال: ثلث مالي للأقرب فالأقرب، وترك أباه وجده وأخاه وعمه؛ قسم ذلك على قدر حاجتهم، ويفضل الأقرب شيء.

وإن كان غنيًا على وجه ما أوصى به، ولا يكثر له، وإن كان ما أوصى به على هذه الوصيَّة إنما هو حبس، فالأخ أولى وحده لا يدخل معه غيره.

ابن رُشْد: قوله: (يقسم ذلك عليهم على قدر حاجتهم)؛ معناه: إن لم يكونوا ورثة، فالأب لا شيء له في هذه الوصية.

وكذا في الموازيَّة: يقسم بقدر حاجتهم، ويفضل الأقرب فالأقرب.

قال محمد: قال مالك: لم يكونوا ورثة، وولد الأخ وإن سفل أقرب من الجد، وهذا على ترتيب القرب في الولاء، وسكت عن الأخ للأم، وفي دخوله خلاف تقدم.

وما ذكره من التفضيل، قيل: سوى بينهم على اختلاف قول مالك في المدَوَّنة، فيمن أوصى لأخواله وأولادهم.

وقوله في الحبس: لا يدخل مع الأخ غيره؛ معناه: إن كانت وصيَّة سكنى الأقرب فالأقرب.

ولو كانت بغلة حبس يقسم عليهم الأقرب فالأقرب دخل الأبعد مع الأقرب فالأقرب.

ولو كانت بغلة حبس يقسم عليهم الأقرب فالأقرب دخل الأبعد مع الأقرب بالاجتهاد. وفي مسائل التبدئة: ومنها: من قال: ثلث مالي لفلان وللمساكين، أو في السبيل والفقراء واليتامى، قسم بينهم بالاجتهاد لا أثلاثًا ولا أنصافًا.

وفي آخر الوصايا الثاني: من قال ثلثي لفلان وفلان، وأحدهما غني والآخر فقير، فالثلث بينهما نصفان، إن مات أحدهما بعد موت الموصي ورث نصيبه ورثته. وفيها: إن كانت الوصيَّة لقوم مجهولين، لا يعرف عددهم لكثرتهم كقوله: على بني تميم، أو للمساكين، فإنما يكون ذلك لمن حضر القسم منهم.

وسمع ابن القاسم في كتاب الصدقات: من تصدق بشيء من ماله على بني فلان، كقوله: على بني زهرة، وفيهم الغائب ومن لا يعرف؛ قسم بين من كان منهم معروفًا حاضرًا أو غائبًا، فإن جاء أحد بعد ذلك لم يكن يعرف مكانه؛ رد عليه الآخرون قدر حصته.

ابن رُشْد: معناه: أن بني الرجل الذي أوصى لهم إن كان يحاط بعددهم لقلتهم، فهم العدد الذين يقسم عليهم بالسوية، حاضرهم وغائبهم على هذه الرواية، وأحد قولي ابن القاسم في المدَوَّنة، ورواية ابن وَهْب فيها: وإن كان بنو فلان الموصى لهم لا يحاط بعددهم، لكثرتهم كبني زهرة فنظر؛ لأن بني زهرة لا يحاط بهم فيقول على ما يصح، فيقال: لم يرد مثل بني زهرة، فلا خلاف أنهم كالمساكين يقسم بينهم بالاجتهاد على من أدرك القسم منهم، ولا شيء لمن غاب إن أتى بعد ذلك، ففي قوله في هذه الرواية: مثل بني زهرة بن كلاب مرة الذي ينتسب إليه الزهريون. كان عددهم لا يحاط بهم، وإنما أراد لبني فلان لامرأة تسمى زهرة، ولو قال: لبني فلان، وسماهم بأسمائهم؛ قسم بينهم بالسوية حاضرهم وغائبهم، ومن قدم من غائب منهم كل واحد، رجع على كل واحد حتى يستوي في حقه.

قال ابن الحاجب: إن أوصى بثلثه لزيد، وللفقراء أعطي بالاجتهاد بحسب فقره،

فإن مات قبل أن يقسم له شيء لورثته؛ فلا شيء لورثته، والثلث للمساكين.

ابن عبد السلام: وهذا يحسن إن كان زيد فقيرًا، وإن كان غنيًّا فينبغي أن يكون سهمه مملوكًا له بموت الموصي قبله هو، أو وارثه.

قُلتُ: ظاهر المدَوَّنة: سواء كان غنيًّا أو فقيرًا، أو لأن ظاهر قول المذهب: أن مناط وجوب الوصيَّة للموصى له بموت، إنما هو لعين الموصى له؛ لغناه، والتعيين هنا لغو لقرينة تسوية الموصي بين المعين وغيره.

الشَّيخ في المجموعة: قال عبد الملك: من أوصى لجيرانه؛ أعطي الجار الذي اسم المنزل له،ولا يعطى أتباعه ولا الصبيان، ولا ابنته البكر، ولا الضعيف ولا خدمه وتعطى زوجته وولده الكبير البائن عنه بالنفقة، والجار المملوك إن كان يسكن بيتًا على حدته أعطي كان سيده جارًا أو لا. ولابن سَحنون عنه: يعطى ولده الأصاغر، وأبكار بناته.

الشَّيخ في المجموعة: قال عبد الملك: من أوصى لجيرانه فهو من المجهولين، من وجد يوم القسم جارًا دخل في ذلك، وكذا لو انتقل بعضهم أو كلهم، وحدث غيرهم وبلغ صغير، وبلغت البكر فذلك لمن حضر القسم، وكذا إن كان ذا جيران قليلين فكثروا، وكذلك إن كانت غلة تقسم؛ فهي لمن حضر القسم في كل غلة.

قال: وفي المجموعة: قال عبد الملك: حد الجوار الذي لا شك فيه ما كان يواجهه، وما وراء ذلك مما لصق بالمنزل من ورائه وجنباته، وتباعد ما بين العدوتين، حتى يكون بينهما السوق المتسع؛ فإنما الجوار فيما دنا من إحدى العدوتين، وقد تكون دار عظمى ذات مساكن كثيرة، كدار معاوية وكثير بن الصلت، فإذا أوصى بعض أهلها لجيرانه اقتصر له على أهلها، وإن سكنها ربها وهو الموصي، فإن شغل أكثرها وسكن منها معه غيره فيها، فالوصيَّة لمن كان خارجها لا لمن فيها.

وإن سكن أقلها؛ فالوصيَّة لمن في الدار فقط، ولو شغلها كلها بالكراء؛ فالوصيَّة للخارجين منها من جيرانها، وقال: مثله كله سَحنون: قال عبد الملك: وجوار البادية أوسع من هذا، وأشد براحًا إذا لم يكن دونه أقرب منه للموصي، ورب جار على أميال

إذا لم يكن دونه جيران، إذا جمعهم الماء في المورد والمسرح للماشية، وبقدر ما يجتهد فيه، ولابن سَحنون عنه الجوار في القرى: أن كل قرية صغيرة ليس لها اتصال في البناء والكثرة من الأهل والحارات؛ فهم جيران، وإن كانت كثيرة البناء كقلسانية؛ فهي كالمدينة في الجوار. ولابن سَحنون في رسم أسلم من سماع عيسى: لا تدخل الموالي في الوصيَّة للقرابة اتفاقًا.

وفي دخولهم في الوصيَّة للقبيلة، ثالثها: إن قال: لتميم ولبني تميم لا يدخلون، لابن القاسم، ولابن الماجِشُون، مع روايته وتفرقة أشهب: وهي ضعيفة، إذ من القبائل ما لا يحسن أن يقال فيه: من بنى تميم فلان كجهينة، ومزينة، وربيعة وقيس.

وإن أوصى لمساكينه دخل فيهم مواليه، قاله ابن القاسم وابن وَهْب.

اللخمي: يدخل في مواليه أمهات أولاده، ومدبره إن خرج من ثلثه، والمعتق لأجل، والمكاتب، إذا انقضى الأجل وأدى المكاتب أخذ ذلك، وإن مات قبل الأجل أو عجز المكاتب رجع حقهما لبقية الموالي، والأول أحسن.

قُلتُ: عزاه ابن رُشْد في رسم سلعة سماها من سماع عيسى لمحمد: عن ابن القاسم قال: والقولان جاز؛ لأنه على اختلاف عن المدَوَّنة قوله: فيمن أوصى لأخواله وأولادهم مرة، حملهم على التعيين، وهو قوله في هذا السماع، ومرة حملهم محمل المجهولين، وهو قوله في الموازيَّة، وفي السماع المذكور: إن ولاء أشقاص العبيد يدخلون مع الموالي بأشقاص ولائهم، فإذا أعطي التام الولاء دينارًا أعطي من له نصف ولاء نصف دينار، ومن له ثلث ولاء ثلث دينار.

قال ابن حبيب: فإن لم يكن له مع مثله بعض ولاء من هو تام الولاء استثنوا في الوصية، وإن تفاضلوا في قدر الولاء.

اللخمي: من قال: لموالي وله موالي من فوق وموال من أسفل، فقال ابن القاسم: الوصيَّة للأسفل.

قال أشهب: بينهما نصفين ولو اختلف العدد، وإن كان أحد القسمين ثلاثة فما فوق، والآخر واحدًا أو اثنين من فوق أو هل أسفل، وإن كان أحد القسمين واحدًا

والآخر اثنين، كانت الوصيَّة للجماعة، كانت بينهم، ثلاثًا، وفي قصرها على موالي الموصي، وأولادهم، وعمومها فيهم، وفي موالي أبيه وولده وإخوته وأعمامه روايتا العتبيَّة، وفي المجموعة: يدخل هؤلاء وموالي الموصي وأولادهم، وقال: لا يدخل موالي بني الإخوة والعمومة، والأول أحسن.

الباجي: قال ابن الماجِشُون وابن حبيب عن ابن القاسم: إن كان مواليه يحاط بهم فالوصيَّة لمن أعتق فقط، وإن كانوا كثيرًا مجهولين، ولم يقل عتاقة؛ دخل فيهم موالي الموالي، وأبنائهم، وموالي أبيه، وابنه، وأخيه ابن زرقون؛ يريد: وقد رجع إليه ولاؤهم.

قلتُ: انظر هل يريد بالرجوع يوم الوصيَّة أو يوم وجوبها، والظاهر الثاني.

وقول ابن شاس: إن أوصى لقبيلة لم يجب تعميمهم إن أراد، مع تعذر ذلك للغيبة، فواضح وإلا فالصواب التعميم، وهو مقتضى الرواية لمن تأملها، وقوله: يدخل الفقراء في لفظ المساكين والعكس، ظاهره: ولو على عدم الترادف، وهو صواب إذا كان الموصي غائبًا وإلا ففيه نظر.

[باب الموصى به]

الموصى به: كل ما يملك من حيث الوصيَّة به، فتخرج الوصيَّة بالخمر وبالمال فيما لا يحل صرفه فيه(1).

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (كل ما... إلخ) صدر الرسم بكل، وقد قدمنا الاعتراض على ابن الحاجب وغيره وشراحه، وعادة الشَّيخ يعدل عن ذلك في كثير من رسومه، ويأتي بما يصح التعريف به، ولعله قصد ذكر ضابط ما تصح الوصيَّة به، وهذا لا يكفي الاعتراض، فإن ذلك يلزم أن يقال في كثير من رسومه، ويصح إتيان العموم في الجنس فيه.

قوله: (يملك) يعنى ما صح تملكه شرعًا، فيخرج الخمر، وما كان مثله في نجاسة العين، وما لا يصح ملكه كالحر والخنزير وغير ذلك؛ فإن ذلك لا يصح ملكه مطلقا.

قوله: (من حيث الوصيَّة به) يخرج به ما إذا أوصى بما لا يجوز شرعًا، وإن صح ملكه كمن أوصى لنائحة على ميت، أو أوصى بلهو أو إعطاء مال على ما لا يحل، كقتل نفس، أو من أوصى لمن يصوم عنه أو يصلي عنه، وأما قراءة القرآن على الميت؛ فيجوز ذلك على الخلاف، ولذا أبطل جميع ذلك

سمع عيسى جواب ابن القاسم، عن من أوصى بمناحة ميت أو لهو عرس: أتؤاجر النائحة وصاحب اللهو؟

قال: لا، وقوله: باطل، قيل: وإن كان مثل الكبر واللهو، قال: لا ينفذ.

ابن راشد: لأن النياحة على الميت محرمة، وكذا ما لم يرخص فيها من اللهو في العرس اتفاقًا، وكذا ما اختلف فيه على قول مانعه مثل الكبر والمزهر؛ لأن ابن حبيب أجازهما.

وعلى قول من يجيزه في تنفيذ الوصيَّة به قولان، وكذا الغربال المتفق على إجازته في العرس من تنفيذ الوصيَّة به قولان.

محمد: يرجع ما أوصى به لكذلك ميراثًا لا يدخل فيه وصاياه.

وفي الموازيَّة: من أوصى بمال لمن يصوم عنه ولم يجز ذلك. وفيها مع غيرها: صحة الوصيَّة بالحمل، والثمرة الآتية والمنافع، وقول ابن شاس وابن الحاجب: ويدخل الحمل في الجارية، وهو قولها في أول وصاياها الأول، وعتقها ما ولدت الموصى بعتقها بعد موت الموصي فهو بمنزلتها.

زاد الشَّيخ في رواية ابن القاسم في الموازيَّة: والموصى بها لفلان، وقولها إلا أن يستثنيه، هو مقتضى نقل الشَّيخ.

ومن كتاب محمد، وأراه لأشهب: إذا أوصى بحمل أمة لرجل، وبرقبتها لآخر؛ فهي كذلك، لهذا ما تلد ما دام حيًّا، وعليه نفقتها، فإذا مات؛ فرقبتها للموصى له بالرقبة.

قال محمد: وهذا إذا لم تكن يوم أوصى حاملًا، فإن كانت يومئذ حاملًا فليس له إلا الحمل فقط.

لعدم صحته.

ثم قال الشَّيخ هنا: ولا تدخل فيه الوصايا.

(قلت): لا يبعد إجراء الخلاف في ذلك مما هو يشبه ذلك.

وفيها مع غيرها: منع استثناء الجنين في عتق أمه، فيجب تقييد إطلاق ابن شاس، وابن الحاجب جواز ذلك.

سمع أَصْبَغ ابن وَهْب: من قال: أوصيت لفلان بما ولدت جاريتي هذه أبدًا، إن كانت يوم أوصى حاملًا فهو له، وإن لم تكن حاملًا يوم أوصى فلا شيء له، ولا فيما حدث له بعد ذلك.

ابن رُشْد: معناها: إنه أوصى بما ولدت جاريته ثم مات، ولو لم يمت حتى ولدت أولادها؛ فله كل ما ولدت في حياته، كانت حاملًا يوم أوصى، أو لم تكن إلا أن يرجع عن وصيته فيهم، فإن مات وهي حامل فحملها الثلث، وقفت حتى تضع فيأخذ الموصى له بالجنين الولد، ثم يتقاومون الأم والجنين لا يفرق بينهما، ولم يجز أن يعطي الورثة الموصى له شيئًا على أن يترك وصيته في الجنين، قاله في المدَوَّنة وغيرها.

وإن لم يحملها الثلث فللورثة أن يوقفوها حتى تضع، وإن كرهوا لم يجب ذلك عليهم، وسقطت الوصية؛ لأنها وصيَّة فيها ضعف، قاله ابن حبيب، واختلف إن أعتق الورثة الأمة، والثلث يحملها، قيل: له يعتق ما في بطنها بعتقها وتبطل الوصية، وهو الذي في المدَوَّنة.

وقيل: لا عتق لهم حتى تضع وهو قول أَصْبَغ في الواضحة، وإن لم يحملها الثلث فعتقهم فيها جائز. وقول ابن الحاجب وابن شاس: إن أوصى بترتيب اتبع هو قولها، وليقدم الأوكد فالأوكد، إلا أن ينص على تبدئة غير الأوكد، فيقول يبدأ أعتق النسمة النسمة بغير عينها، على التي بعينها.

الصقلي: قال ابن الماجِشُون: ما أوصى به يبدأ على ما هو أوجب منه فذلك فيما يجوز له الرجوع عنه، وما ليس له رجوع عنه من عتق بتل أو عطية بتل أو تدبير في مرض، فلا يبدأ بما يقول؛ بل بما هو أولى؛ لأن تبدئته عليه رجوع عنه.

وذكر الباجي: ما نقلناه من لفظ المدَوَّنة عن ابن القاسم في المجموعة وغيرها، ثم قال: في قوله: لا ينظر إلى ما قدمه بالذكر نظر.

وقد قال ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: إنما ذلك فيما له أن يرجع فيه، وما لا

يرجع عنه من عتق بتل في مرضه، وعطية بتل وتدبير فيه، فلا يبدأ بالأوكد بل الأول.

قُلتُ: كذا هو في ابن زرقون، فلا يبدأ بالأوكد بل الأول، وما ذكره الصقلي خلافه حسبما تقدم، فتأمله.

قال الباجي: ويلزم ابن الماجِشُون على هذا أن يقدم المدبر في الصحة على صداق المريض؛ إذ ليس له الرجوع عنه، وأن لا يقدم المدبر في الصحة على وصيته في الصحة؛ يعتق عن قتل خطأ أو ظهار؛ إذ ليس له الرجوع عنه، إلا أن يريد بذلك ما يلزمه، فيتعين المطالبة به ؛ فيلزم على ذلك مدبر الصحة على كل وجه.

وقال ابن حبيب على إثر ذلك: ولو أوصى بهذه الكفارات والزكاة، وقال: بدئوا على ذلك عشرين دينارًا وصيَّة لفلان؛ لبدئت، وقاله أَصْبَغ، فذهب في اللزوم ومنع التبدئة إلى ما بتل من عتق أو عطية، وقد تقدم له منع ذلك، وإن شرط التبدئة في تدبير المريض، ثم قال: مدبر المريض والموصى بعتقه سواء، ولا يكاد يتحصل له أصل إلا على ضعف.

وفيها: من أوصى بشيء يخرج كل يوم إلى غير أمد من وقيد في مسجد، أو سقاء بماء، أو خبز كل يوم بكذا أو كذا أبدًا، وأوصى مع ذلك بوصايا، فإنه يحاص لهذه المجهولات بالثلث، ويوقف لذلك حصته، وأكثرهم لم يحك فيه خلافًا.

وفي الزاهي لابن شعبان: وقال أشهب: يحاص له بالمال أجمع، ونقله الشَّيخ عن ابن شعبان عنه، وكذا الصقلي، ونحوه قول اللخمي: قيل: محمله أن الوصي أراد جميع المال، فيقال للورثة: أجيزوا وصيته، فإن لم يجيزوا رجع إلى الثلث، وقيل: محملها الثلث، ولا يقال للورثة شيء، وهو أبين.

اللخمي: اختلف إن اجتمع في الوصيَّة مجهولان كعمارة مسجد أو طعام مساكين، فقيل هو كمجهول واحد، وقيل لكل وصيَّة منها ثلث. وعزا الشَّيخ الأول لعبد الملك ولم يحك غيره وكذا الباجي، وحكى الصقلي القولين.

اللخمي: ويختلف في صفة القسمة، فعلى القول بأنها قسمة وصيَّة واحدة بثلث واحد؛ يفض الثلث على قيمة ما يخرج منه كل يوم، لكل واحد بانفراده، وعلى أنها

وصايا ولم يجز الورثة؛ يكون الثلث بينهما نصفين.

قُلتُ: عزا الصقلي التخريج الأول لبعض الفقهاء، قال: وهو خلاف ما ذكر ابن الماجِشُون؛ لأنه قال: يقسم الثلث على عدد المجهولات.

اللخمي: وإن أوصى مع ذلك بمعلوم؛ عاد الخلاف المتقدم فيما يحاص به المجهول إن كان واحدًا، هل يحاص بالثلث؟ أو بجميع المال؟ أو من جعلها وصايا ضرب لكل مجهول بجميع المال، أو بالثلث على القول الآخر؟ والقول: أن لجميعها ثلثًا واحدًا أحسن. وفيها: من أوصى لرجل بدين لا يحمله الثلث، وله عين حاضرة، فإما أجاز الورثة أو قطعوا له بثلث العين والدين.

وكذا لو أوصى بأكثر من ثلث العين، وله عقار وعروض كثيرة، فقال الورثة: لا نسلم العين ونأخذ العروض، فإما أعطوه ذلك من النقد أو قطعوا له بثلث ما ترك الميت من عين أو دين، أو عرض، أو عقار وغيره إلا في خصلة واحدة.

اختلف قول مالك فيها: فقال مرة: إذا أوصى له بعبد بعينه أو دابة بعينها، وضاق الثلث، ولم يجز الورثة؛ قطعوا له بالثلث من كل شيء، وقال مرة: بمبلغ جميع التركة في ذلك الشيء بعينه، وهذا أحب إليَّ.

الباجي: واختاره أيضًا أشهب، ورجع إليه مالك، وبالأول قال عبد الملك وابن كنانة، ورواه علي قال: ويحيى عن ابن القاسم: يقطع لهم بالثلث في ذلك المعين، إلا أن يوصي مع ذلك بدنانير لرجل، فيقطع لهم بثلث جميع التركة؛ لأنه لابد من بيع ذلك أو بعضه بسبب العين، وهذا يقتضي أنه لا عين في التركة.

وفيها: قال مالك: من أوصى لرجل بخدمة عبده سنة، وبسكنى داره سنة، وليس له مال غير ما أوصى به فيه أول ما يخرج ما أوصى به من ثلثه، خير الورثة في إجازة ذلك، أو القطع بثلث الميت من كل شيء للموصى له.

سَحنون: وهذا قول الرواة كلهم لا أعلم بينهم خلافًا.

قُلتُ: ولم يذكر الصقلي، ولا التونسي، ولا اللخمي في ذلك خلافًا، وقال ابن الحارث: اتفقوا عليه أنه يقطع بجميع الثلث من كل شيء من التركة للموصى به، إن لم

يجز الورثة الوصية.

وفي الموطأ: قال مالك: من قال لفلان: كذا وكذا، ولفلان: كذا وكذا، وسمّى مالاً من ماله يزيد على ثلثه؛ فإن الورثة يجيزون في إعطاء أهل الوصايا وصاياهم، وأخذ جميع مال الميت، وفي إسلام ثلث الميت لهم بالغًا ما بلغ.

أبو عمر: هذه المسألة يدعوها أصحاب مالك مسألة خلع الثلث، وخالفهم فيها أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وأنكروها على مالك وأجمعوا على أن الوصيَّة تصح بالموت، وقبول الموصى له بعد الموت، فكيف تجوز المعاوضة بثلث لا يبلغ إلى معرفة حقيقة، ولا تجوز المعاوضة في المجهولات، وكيف يؤخذ من الموصى له ما ملكه بغير رضاه. وحجة مالك أن الثلث موضع الوصايا، فكان كما لو جنى عبد جناية فسيده مخير في فدائه بالأرش وإسلامه.

والذي أقول: إن ادعى الورثة أن الوصيَّة أكثر من الثلث، كلفوا ببيان ذلك، فإن ثبت؛ أخذ منه الموصى له قدر الثلث، وكان شريكًا للورثة بذلك.

قُلتُ: ففي تخيير الورثة في القطع له بمحمل الثلث في كل التركة أو في المعينات، ثالث: وجوب شركة الورثة بمحمله في كل التركة للروايتين، واختيار أبي عمر.

وسمع يحيى ابن القاسم: من أوصى بعبد ودار وحائط لثلاثة رجال، وضاق الثلث؛ فلكل واحد منابه في ذلك الشيء بعينه، ولو أوصى معهم لرجل بدنانير؛ قطع لهم بالثلث من كل التركة، ولم توضع وصاياهم في ذلك الشيء المعين؛ لأن الثلث لابد أن يباع أو بعضه لمن أوصى له بالعين.

ابن رُشْد: لم يفرق في المَدَوَّنة هذه التفرقة، فهذه التفرقة قول ثالث، ولو ترك من الناض ما يخرج منه العين الموصى به كما كان، لم يوص بعين؛ لأنه علل ذلك ببيع الثلث أو بعضه.

الباجي: إن أوصى بدنانير، وفي التركة دنانير وعروض ولا تخرج الوصيَّة من ثلث العين، فقال أشهب: يأخذ ما وجد من العين وبيع ما بقي له، وقال ابن القاسم: يخير الورثة بين الإجازة والقطع بالثلث، ونحوه لعبد الملك، ونحوه في سماع أَصْبَغ.

ابن القاسم فيمن لم يترك إلا ثلاث دور وأرضًا وأوصى لرجل بخمسة دنانير: يلزم الورثة أن يعطوها إياه، أو يقطعوا له بثلث الميت، ولا يبيع له السلطان من تلك الدور بالخمسة، ويترك ما بقي للورثة، وروى ابن القاسم مثله فيه وفي المال الغابر والمتفرق.

وسمع يحيى ابن القاسم: من أوصى لرجل بعشرة دنانير، ولم يترك إلا مالًا غائبًا وديونه، فقال الورثة: إذ تقاضيا أعطيناك، قال: يخير الورثة في تعجيل ذلك، أو القطع له بالثلث.

ابن رُشْد: وليس للورثة تأخير العشرة لرجاء زيادة في المبيع، ولا لرجاء أسواق، وكذا لو كان جميع مال الميت دينًا؛ لقدرتهم على بيعه بما تباع به الديون، ولو كان مال الميت لا يجوز بيعه كزرع لم يحل بيعه، أو ثمرة قبل بدو صلاحها، انظر هل يبع ذلك.

ولابن رُشْد في رسم المكاتب من سماع يحيى في تخيير الورثة في تعجيل الوصيَّة بالعين، أو القطع: للموصى له بها بثلث كل التركة، وقصر حق الموصى له على أخذ ثلث العين وثلث ما يباع من التركة إن كانت العين غير معينة له، ولو عينها فالأول قولان لهذا السماع، وسَحنون معها.

ونقل أَصْبَغ عن مالك وأصحابه، وابن أبي جعفر عن ابن القاسم مع أَصْبَغ، ابن زرقون اختلف فيه على أربعة أقوال:

قول أشهب: تنفذ ولا يخير الورثة.

وقول مالك وابن القاسم: يخيرون.

وقول ابن الماجِشُون: إن كان في بيع العروض بعد وبطء، خير الورثة وإلا فلا.

قول أَصْبَغ: إن عين الدنانير خير الورثة، وإلا فلا.

قُلتُ: ظاهره أن الخلاف ثابت في الدنانير المعينة، خلاف قول ابن رُشْد: إن كانت معينة لزم الورثة دفعها، أو القطع له بثلث كل التركة اتفاقًا.

وفيها: من أوصى بعتق عبد وهو لا يخرج مما حضر، وله مال غائب يخرج فيه؛ فإن العبد يوقف لاجتماع المال.

فإذا اجتمع قوم في ثلثة، وليس له أن يقول أعتقوا مني ثلث الحاضر الساعة.

قال سَحنون: إلا أن يضر ذلك بالموصى له، وبالورثة فيما بعد جمعه، ويطول عياض: وهذا نحو ما في الموازيَّة إذا طال ذلك كالأشهر، والسنة أنفذ الثلث.

وفسر أشهب المسألة: أنه يعتق منه ثلث الحاضر، ثم ما اقتضى منه غائب أعتق على العبد قدر ثلثه.

أبو عمران: يشبه أن يكون هذا تفسيرًا لقول ابن القاسم.

الصقلي: قول سَحنون: إلا أن يضر ذلك بالموصى له والورثة فيما يعسر جمعه ويطول مثله.

روى أشهب: قال ابن القاسم: وإنما هو فيما يقبض إلى أشهر يسيرة، أو عرض يباع وما يبعد جدًّا، وتبعد غيبته فليعجل عتقه في ثلث ما حضر.

محمد: قال أشهب: يعجل عتق العبد في ثلث الحاضر، ويوقف باقيه كلما حضر شيء، زيد فيه: عتق ثلث ذلك، ولا يوقف جميع العبد، وإن قاله مالك، ولم يأخذ سَحنون بقول أشهب، وقال: لو كان هذا لأخذ الميت أكثر من الثلث؛ لأنه استوفى ثلث الحاضر، وصار باقي العبد موقوفًا على الورثة.

محمد: إن كان المال الغائب غير بعيد انتظر وإن بعد، كالأشهر الكثيرة أو السنة؛ أنفذ ثلث الحاضر، وأنفذ الميراث، ولو كان مع ذلك وصايا غير الورثة في إنفاذ الوصايا، أو القطع بثلث الحاضر والغائب يبدأ بالعتق فيما حضر.

روى أشهب: قال ابن القاسم: وإنما هو فيما يقبض إلى أشهر. اللخمي: إن قربت الغيبة انتظر جمع المال، وإن بعد كخراسان من مصر والأندلس؛ عتق؛ لأن محمل الثلث، وإن كان غير ذلك فالقولان لابن القاسم، وأشهب، وقاله سَحنون.

وإن لم يخلف غيره؛ عتق ثلثه، وكلما حضر شيء من الغائب؛ زيد في عتقه بقدر ثلث ما حضر، وإذا بعدت الغيبة مثل خراسان؛ جاز للورثة بيع ثلثيه، ويختلف إن قدم الغائب، هل ينقض البيع ليستكمل ما بقي أم لا؛ لأن البيع كان مع العلم بهذا.

قُلتُ: نقله عن سَحنون مثل قول أشهب، كذا هو في غير نسخة، وهو خلاف نقل

الصقلي عنه.

وفيها: إن قال: أعتقوا عبدي بعد موتي بشهر، وقال: هو حر بعد موتي بشهر، فإن لم يحمله الثلث؛ خير الورثة بين أن يجيزوا أو يعتقوا؛ لأن محمل الثلث منه بتلًا إن أجازوا الوصيَّة خدمهم تمام الشهر، ثم خرج جميعه حرًّا.

ولما ذكرها ابن الحاجب قال ابن عبد السلام: وقد يثير ما في المدَوَّنة والموازيَّة تشويشًا في المسألة، ولا إشكال فيه إذا تأملته، قال ابن القاسم وأشهب في المدَوَّنة والموازيَّة: إن أوصى بعتق عبده ناجزًا، أو عتق عبده الآخر إلى شهر؛ تحاصا لقرب الشهر، ولو بعد بدء المعجل، وقال أشهب: الشهر كثير، ويبدأ المعجل إلا أن يكون الثلاثة أيام انتهى.

ولم يبين الإشكال، وبين أن محاصته للمعتق لشهر للمعجل يوجب مساواته له، فيكون مماثلًا له، ويكون كلما كان كذلك وجب إن أجازوا الورثة عتقه، حيث لا يحاصص له إلا أن يكون لهم حق في خدمته شهرًا ضرورة مماثلته، عتق المعجل عتقه، ويجاب بأن محاصته له إنما توجب مماثلته له في تعجيل العتق، لا في القدر الذي تستحقه من الثلث، وحق الورثة إنما هو في القدر الذي تستحقه من الثلث.

وفيها: إن أوصى أن يشتري عبد فلان ليعتق؛ فإنه يزاد فيه ما بينه وبين ثلث ثمنه، لا ثلث الميت، وإن لم يذكر الميت أن يزاد، فإن أبى ربه من بيعه إلا بأكثر من ذلك، فقال ابن القاسم: يستأنى بثمنه، فإن بيع، وإلا رد ثمنه ميراثًا.

وروى ابن وَهْب وغيره: يوقف الثمن ما رجي بيع العبد، إلا أن يفوت بعتق أو موت وعليه أكثر الرواة.

فحمل الصقلي رواية ابن وَهْب على الوفاق وحملها اللخمي على الخلاف، وكذا ابن رُشْد في سماع يحيى الصقلي لابن حبيب عن أَصْبَغ: خالف ابن وَهْب مالكًا.

وقال: يزاد ما بينه وبين ثلث الميت.

أَصْبَغ: ولو قال: اشتروا عبد فلان بالغًا ما بلغ؛ استحسنت أن يزاد إلى مبلغ ثلث الميت.

الصقلي: وقول ابن القاسم: فإن بيع وإلا رد ثمنه ميراثًا، قال في الوصايا الثاني: بعد الاستيناء والإياس من العبد وقول ابن القاسم وفاق لرواية ابن وَهْب، وكذا روى عنه محمد مثل رواية ابن وَهْب، وقاله محمد، ورواه أشهب عن مالك، وخالفه وقال: لا يستأنى به إذا أبى الورثة البيع.

قُلتُ: فجعل قوله في الوصايا الثاني وفاقًا، وجعله ابن رُشْد في سماع يحيى خلافًا للصقلي، وقال بعض الفقهاء: انظر هل يدخل في ذلك الوصايا، أو يدفع للورثة كالذي يرد الوصيَّة وهو أشبه. قلت: هو التونسي.

اللخمي: إن أبى سيده من بيعه غبطة به، أو لزيادة؛ سقطت الوصيَّة عند مالك وابن القاسم.

وقال ابن كنانة: إذا أيس من سيده؛ جعل ثمنه وثلثه في رقاب تعتق، وأنكر في الموازيَّة قول ابن كنانة.

وسمع يحيى بن القاسم: فيمن قال: اشتروا أخي بكذا، ولم يقل أعتقوه، كان ما مر به من الشراء يوجب عتقه، فإن لم يجب على الورثة صرف ذلك في عتق غيره، وذكر قول ابن كنانة المتقدم، قال: ولا يدخل في هذه المسألة؛ لأن القرابة قرينة في إرادة القريب بخصوصيته.

اللخمي: ولا يعلم بائعه بالوصية؛ لأن القصد بالوصيَّة مصير العبد للعتق.

قُلتُ: فقول ابن عبد السلام اختلف هل يعلم ربه بما أوصى به الميت أم لا؟ فقال ابن عبد السلام، وابن القاسم: لا يعلم، وقال أشهب: يعلم وهم.

وإنما حكى اللخمي قولها في قوله: اشتروا عبد فلان فقط ووجهه بين.

وفيها: إن قال: اشتروا عبد فلان لفلان، فامتنع ربه من بيعه بمثل ثمنه؛ زيد في ثمنه ما بينه وبين ثلث ثمنه، فإن امتنع ربه من بيعه بذلك ليزداد ثمنًا؛ دفع ثمنه، وثلث ثمنه للموصى له، وإن امتنع من بيعه غبطة به؛ عاد ذلك ميراثًا وبطلت الوصية.

وقال غيره: إن امتنع لزيادة أو غبطة؛ لم يلزم الورثة أكثر من زيادة ثلث الثمن، ويوقف ثمنه حتى يؤيس من العبد، فإن أيس منه؛ رجع المال ميراثًا، ولا شيء

للموصى له.

التونسي: انظر لو ضاق الثلث، وصار للوصيَّة بالعبد عشرون قيمته ثلاثون، فالثمن الذي اشترى به أربعون لزيادة ثلث قيمته عليها، ورضي ربه ببيع نصفه بعشرين ليحصل له زيادة ثمن النصف؛ لا نبغي أن يكون له ذلك، ويسلم ذلك للموصى له، فإن امتنع رب العبد من ذلك لتبعيضه عليه لا غبطة به؛ لا تنبغى على قول ابن القاسم أن تدفع العشرون للموصى له، فإن قيل: لم لا يأخذ رب العبد الخمسة الزائدة في نصف العبد، قيل: لأنه امتنع من بيعه، فإن قيل: امتناعه لتبعيض العبد، وليس كمن زيد ثلث ثمنه فامتنع.

قيل: لو قيل: هذا ما بعد، ويحتمل أن يكون له ذلك على قوله فيمن أمر أن يباع منه: أن له ثلث العبد إن امتنع، وفي هذه المسألة أحرى أن تكون له الخمسة؛ لأنه إنما امتنع لضرر الشركة.

قُلتُ: يرد بأن الموصي ببيع العبد منه إنما قصد الموصي رفقه بالوصيَّة لا غيره، وفي المشترى منه لفلان إنما قصد بها فلانًا وحده، أو تبعية المشتري منه له، فلا يلزم من إعطاء الموصي بأن يباع العبد منه ثلثه إعطاء المشتري منه لفلان؛ لقوة قصد الرفق، للأول وضعفه في الثاني.

قال التونسي: وعلى عدم إعطاء العشرين لفلان، يكون كموصى بها، ردها للموصى له بها يحاص بها الورثة أهل الوصايا.

فيها: إن قال في وصيته: بيعوا عبدي ممن أحب أو ممن يعتقه، فأبى المشتري أن يشتريه بمثل ثمنه؛ نقص من ثمنه ما بينه وبين ثلثه لا ثلث الميت، فإن طلب المشتري وضيعة أكثر من ثلث ثمنه؛ خير الورثة في الذي يباع ممن أحب، بين بيعه بما سئلوا أو يعتقوا ثلث العبد.

وروى غير واحد: إن لم يجدوا من يشتريه إلا بأقل من وضيعة ثلث الثمن؛ فليس عليهم غير ذلك.

قال ابن وَهْب: قال مالك: وذلك الأمر عندنا. قال ابن القاسم: قال مالك: وأما

الذي يباع ممن يعتقه فيخير الورثة بين بيعه منه بما أعطى، أو يعتقوا ثلث العبد، وهذا مما لم يختلف فيه قول مالك.

الصقلي: وكذا في الموازيَّة لابن القاسم: أن مالكًا لم يختلف قوله في المبيع للعتق، وقال محمد: بل اختلف قوله بما هو أصوب، وبه أخذ أكثر أصحابه.

وروى أشهب فيه، وفي البيع ممن أحب: إن حمله الثلث، ولم يجدوا من يأخذه بوضيعة ثلث ثمنه، واستؤني به فلم يجدوا؛ فلا شيء عليهم فيه، فإن لم يحمله الثلث؛ خيروا في بيعه بوضعية ثلث ثمنه، وفي عتق محمل الثلث منه.

وفيها: إن قال في وصيته: بيعوا عبدي من فلان، فامتنع من شرائه بمثل ثمنه نقص من ثمنه فليوضع عنه ما بينه، وبين ثلث ثمنه، فإن طلب المشتري وضيعة أكثر من ثلث ثمنه؛ خير الورثة في بيعه بما سئلوا، أو يقطعوا له بثلث العبد.

وروى غير واحد عن مالك: فذكر ما تقدم من رواية ابن وَهْب وغيره.

اللخمي: قال ابن القاسم: ليس عليهم أن يعلموا المشتري بالوصية، فإن اشترى بالقيمة، ولم يعلم فلا مقال له.

وقال أشهب: عليهم أن يعلموه، فإن لم يعلم رجع بما زاد على ثلثي قيمته، والأول أبين. وليس ذلك بوصيَّة من الميت، والأصل في البياعات القيم.

وفي آخر ثاني حجها: وقوله: اشتروا عبد فلان بمائة دينار، وأعتقوه عني فاشتروه بثمانين فالبقية ميراث.

الصقلي: عن أشهب في المجموعة: ولو لم يبيعوه منه بثلث ثمنه؛ لأنه لا يخرج من الثلث؛ قطعوا له بثلث الميت، ولو بذلوه بوضيعة الثلث فأبى سقطت الوصية.

وفي أول وصاياها الأول: ومن أوصى بعتق نسمة، يشترى ولم يسم ثمنًا؛ أخرجت بالاجتهاد بقدر قلة المال وكثرته، وكذا إن قال: عن ظهاري.

الصقلي عن محمد: وقال أشهب: لا ينظر إلى قلة، ولا كثرة ويشترى رقبة وسطًا، كما قيل: في الغرة، ويحاص به أهل الوصايا هذا الاستحسان، والقياس أن يحاص بأدنى القيم، كما يجزى عن المظاهر وقاتل النفس.

والأول أحب إليَّ كما قلت في المتزوجة على خادم: إنها تكون وسطًا.

اللخمي: الوسط حسن مع عدم الوصايا، فإن كانت وصايا وضاق الثلث رجع إلى أدنى الرقاب وحكم المال القليل؛ لأن الميت إنما يقصد إلى إنفاذ وصاياه جملة، فإذا علم أن المال لا يتسع إلى الوسط رجع إلى الأدنى ما خلا الرضيع والمعيب، ثم ننظر إلى ما يصير في المحاصة، فإن وجد به رضيع وهو عن واجب اشتري؛ لأنه يجزئ أو معيبًا إن كان تطوعًا.

وإن لم يبلغ ذلك العتق عن ظهار أطعم عنه، إن وفى بالإطعام أو ما بلغ منه، وإن كان فوق الإطعام ودون العتق؛ أطعم وكان الفضل لهم هذا القياس، والاستحسان أن يتصدق به، وإن كان العتق عن قتل؛ أشرك بها ينوب العتق في رقبته، وكذا إن كان تطوعًا.

قال مالك: أو يعان به في مكاتب.

وفيها: إن سمى ثمنًا للنسمة يسعه الثلث فاشتراها الوصي وأعتقها عنه، ثم لحق الميت دين يستغرق جميع ماله؛ رد العبد رقًّا، وإن لم يستغرق كل ماله؛ أعطي صاحب الدين دينه، وعتق من العبد ثلث ما بقي من مال الميت بعد قضاء الدين، ولا يضمن الوصي إذا لم يعلم بالدين.

اللخمي: اختلف في هذا فذكر قولها: قال في الموازيَّة: يمضي العتق ويغرم الوصي. والأول أحسن؛ لأنه وكيل ولم يعتق لنفسه، وكذا من وكل على شراء جارية وأن يعتقها، فأعتقها ثم استحق الثمن، فيختلف في رد العتق.

وكذا إن تلف الثمن قبل دفعه للبائع، أرى إن تلف بعد العتق لم يرد، ورجع بالثمن على الآمر، وإن تلف قبل العتق؛ خير الآمر بين أن يغرم المال ويمضي العتق، أو لا يغرم ويكون للوكيل أن يرد العتق.

وقال ابن رُشْد في رسم الأقضية من سماع أشهب: إن تبين تفريطه؛ ضمن اتفاقًا، وإلا ففي حمله على التفريط، فيضمن أو على عدمه، فلا يضمن قولان لسماع أشهب مع الغير في المدَوَّنة، وهو أشهب في كتاب الحج، وأحد قولي ابن القاسم في سماع أَصْبَغ،

وقوله في المَدَوَّنة مع سماع يحيى.

قال ابن عبد السلام: وفي الوصايا الثاني في الموصي أن يحج عنه بعوض: لا يجزئ أن يحج عنه صبي، أو من فيه علقة رق، ويضمن الدافع إلا أن يظن أن العبد حر، وقد اجتهد ولم يعلم؛ فلا يضمن، وقال غيره: لا يزول عنه الضمان بجهله.

وقول الغير هو الجاري على ما علم في الحج الثاني والنذور.

قُلتُ: لا يلزم من ضمانه في مسألة الحج ضمانه في مسألة العتق، بحصول غرض الموصي بالعتق، فوته في الحج.

وفيها: من أوصى بنسمة تشترى فتعتق؛ لم تكن بالشراء حرة حتى تعتق؛ لأنه لو قتله رجل أدى قيمة عبد، وأحكامه في كل أحواله أحكام عبد حتى يعتق، فإن مات بعد الشراء وقبل العتق؛ كان عليهم أن يشتروا رقبة أخرى ما بينهم وبين مبلغ الثلث.

وسمع عيسى ابن القاسم: من أوصى بشراء رقبة ذكر أنها واجبة عليه، فابتاعوا رقبة، فمات العبد قبل أن يقسم ماله؛ رجع للمال فأخرج مما بقي ثمن رقبة، تعتق إن حمل ثلث ما بقي ما يكون فيه وقفه، أو ما كان ثلثه، وكذا لو أخرج ثمنه فسقط.

ولو جنى العبد جناية تحيط برقبته؛ خير الورثة في إسلامه ليبتاعوا من ثلث ما بقي عبدًا ويفتكوه ليعتقوه، وكذا يرجع أبدًا في ثلث ما بقي، ما لم ينفذ عتقه أو يقسم المال.

فإن قسم وقد اشترى أو أخرج ثمنه فذهب؛ فلا شيء على الورثة إلا أن يكون معه في الثلث أهل الوصايا قد أخذوا وصاياهم، فيأخذ مما أخذوا ما يبتاع به رقبة؛ لأنه لا تجوز وصيته، وثم عتق لم ينفذ إلا أن يكون معه في الوصيَّة ما هو مثله من الواجب، فيكون في الثلث سواء. وإن بقي بأيدي الورثة من الثلث ما يبتاع به رقبة؛ أخذ ذلك من أيديهم بعد القسم وابتيع به رقبة، وأنفذ لأهل الوصايا وصاياهم.

ابن رُشْد: تفرقته بين كون المال قسم، أو لم يقسم، استحسان ليس بقياس؛ لأن الحقوق الطارئة على التركة لا يسقطها قسمة المال.

ولأَصْبَغ عن ابن القاسم: أنه يرجع إلى ما بقي من المال فيخرج من ثلثه، ويكون ذلك كشيء لم يكن لا يحسب في ثلث، ولم يفرق بين كون المال قسم أو لا، وهو ظاهر

كتاب الوصايا الأول.

ومن الناس من فسرها بها في هذا السماع من التفرقة، وهو قول أَصْبَغ، وليس بصحيح، وكذا قوله: إنه يرجع في ثلث ما بقي ما لم ينفذ عتقه؛ يريد: أنه إذا نفذ عتقه، فاستحق بعد العتق؛ لا يرجع في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته وإن لم يقسم المال، وإنما يرجع فيما بقي من الثلث بعد قيمته، هو استحسان على غير قياس، والقياس أن يرجع إذا استحق العبد بعد أن أعتق في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته قسم أو لم يقسم.

وفيها: من أوصى بعتق عشرة من عبيده، ولم يعينهم وعبيده خمسون، فمات منهم عشرون قبل التقويم؛ عتق ممن بقي منهم عشرة أجزاء من ثلاثين جزء بالسهم خرج عدد ذلك أقل من عشرة أو أكثر، ولو هلكوا إلا عشرين؛ عتق نصفهم في ثلث الميت، أو هلكوا إلا عشرة؛ عتقوا إن حملهم الثلث.

وكذا من أوصى لرجل بعدد من رقيقه أو بعشرة من إبله.

الصقلي وقال ابن الماجِشُون: سواء قال: عشرة من رقيقي أحرار وهم ستون، أو قال: سدسدهم فمات بعضهم؛ إنما يعتق سدس ما بقي إن بقي متهم أقل من عشرة لم يعتق إلا سدسهم. قلت: بناء على اعتبار حكم الوصيَّة بمقتضى حالهم يوم التنفيذ أو يوم وقوعها.

الشَّيخ في الموازيَّة: وإذا أوصى له بشاة من ماله وله غنم؛ فهو شريك بواحدة في عدد ضأنها ومعزها، ذكورها وإناثها، صغارها وكبارها، فإن هلكت كلها؛ فلا شيء، وإن عن لم يكن له غنم؛ فله في ماله قيمة شاة من وسط الغنم، إن حملها الثلث أو ما حمل منها، ولو قال: من غنمي فمات ولا غنم له؛ فلا شيء له، وإن مات ولا غنم له إلا شاة صغيرة أو كبيرة؛ فهي له إن حملها الثلث أو ما حمله منها.

الشَّيخ: من أوصى لرجل بعشرة شياه من غنمه ومات وهي ثلاثون فولدت بعده فصارت خمسين؛ له خمسها، وقاله أشهب مرة، وقال مرة: له من الأولاد بقدر ماله من الأمهات إن كانت الأمهات عشرين، أخذ عشرة من الأمهات، ونصف من الأولاد إن

حملها الثلث أو ما حمله منها.

وفيها: إن قال: ثلث عبيدي أو إبلي لفلان فهلك بعضهم وأوصى له بثلث غنمه، فاستحق ثلثاها؛ فإنما للموصى له ثلث ما بقي من العبيد والغنم، إن حمل ذلك الثلث.

قُلتُ: كذا هو في التهذيب والمدَوَّنة، وقوله: إن حمل ذلك الثلث مع قوله: إنما له ثلث ما بقي من الغنم، والعبيد تقرير لما هو واقع، كقوله: هذا الحجر إن كان حجرًا فهو جماد. أول ما يخرج من كل التركة معينًا أم الولد، والرَّهن لمحجور، وزكاة حب، أو ثمر مات حين وجوبها، وفي كون وجوب زكاة ماشية في مرضه، كذلك طريقان.

اللخمي: كذلك إن لم يكن ساع.

ابن رُشْد: كذلك إن كان فيها سنها، وما ثبت ملكه غيره، وسكنى الزوجة في عدتها مسكنها حين موته بملكه أو نقده كراءه، وأوله كليًا موته وإقباره، ثم دين لآدمي، ثم ما أشهد في صحته بواجب عليه لله تعالى من زكاة، أو كفارة.

ابن رُشْد: أو نذر.

قُلتُ: للباجي عن عبد الحق وبعض شُيُوخه: نذر الصحة في الثلث، فلعل الأول في الملتزم، والثاني في الموصى به، وإلا تناقضا، ويقدم منها في ضيق التركة المقدم منها في ضيق الثلث، وفي كون زكاة عين حلت في مرضه من رأس ماله مطلقًا، وإن أوصى بها وإلا أمر الوارث بها،ولم يجز قولا اللخمي مع أشهب وابن القاسم.

ولمحمد فيمن علم منعه زكاة أمر بها في مرضه، فقال: حتى أصبح تخرج من ثلثه، وصوب اللخمي كونها من رأس ماله لقول محمد في متمتع مات إثر سفره، ولم يهد لتمتعه: يهدي من رأس ماله، وخرج عليه عتق ظهاره من مات قبل تفريطه في عتقه كونه من رأس ماله.

فقول ابن شاس: إن عرف حلولها، وإنه لم يخرجها فمن رأس ماله ابتاع، للخمي لا للمشهور.

وقول ابن الحاجب: إن اعترف بحلولها حينئذ، وأنه لم يخرجها فمن رأس ماله، خلاف اقتضاه ظاهر الروايات، شرط علم حلولها حينئذ من غيره.

ولصحة تعليل الصقلي ما أخرج منها في الثلث بكونه لم يعلم إلا من قبله، وفيها: من حلت زكاة عينه في مرضه، أو أتاه مال غائب فأمر بزكاته فمن رأس ماله، وفيها: من اعترف في مرضه، بعتق عبده فلانًا في صحته؛ لم يعتق في ثلث ولا رأس مال، وتقدم ذكر الخلاف فيه.

والمخرج من ثلثه، الوصايا وتبرعات مرض موته، فإن ضاق ونص على ما تقدم شيء على شيء له رده؛ قدم عليه وتقدم القول فيه.

وما ذكره الباجي فيه: وإلا قدم الأوكد ففي تقديم مدبر الصحة على صداق منكوحة في مرض دخل بها فيه.

ثالثها: يتحاصان رواية محمد مع تخريج الباجي لابن الماجِشُون، من قوله: لا يقدم راجح مؤخر عن مرجوح مقدم لازم عقده.

و العُتْبِيّ مع محمد وابن الماجِشُون وسماعه أشهب وفيه: وإن كان صداقها أكثر من صداق مثلها، وابن القاسم، وقال بالأولين.

الباجي: ولا خلاف في تقديم هذين في الثلث، إلا ما تقدم لأشهب في المجموعة أن الزكاة والكفارة يقدمان على التدبير.

قُلتُ: وفي الأيمان بالطلاق منها: من تزوج في مرض موته ودخل؛ فلها الصداق في ثلثه مبدأ على الوصايا، العتق وغيره: إلا الدين. وفي رسم أسلم من سماع عيسى: يبدأ صداق مثلها على المدبر في الصحة.

ابن رُشْد: ظاهره: إن كان أصدقها أكثر من مهر مثلها؛ سقط الزائد على مهر مثلها، وهو ظاهر قولها في الأيمان بالطلاق، وقيل: يحاص به أهل الوصايا ولا يبدأ، قاله أَصْبَغ، وروي عن ابن القاسم.

وقال مالك في سماع أشهب من الوصايا: إنه يبدأ، ومثله لابن نافع وعلي بن زياد، وابن عبد الحكم، وابن الماجِشُون، وسَحنون.

وقال ابن القاسم في العشرة: يبدأ بالمدبر في الصحة على صداق المريض، وعنه أنهما يتحاصان فالأقوال الثلاثة له.

الصقلي: القول بتقديمه على المدبر ليس بشيء.

قُلتُ: هو ظاهر قولها يبدأ على الوصايا بالعتق، وغيره إلا الدين فلم يستثن من غيره إلا الدين.

وفي المدبر منها: إن دبرهم في صحة أو مرض في كلمة أو لم يحملهم الثلث، لم يبدأ أحدهم على الآخر، وفض الثلث على جميعهم بالقيمة يعتق من كل واحد حصته منه.

ابن رُشْد: ولابن نافع في المدنيَّة: يقرع في المدبرين، كما يقرع في الموصى بعتقهم والمبتلين.

الباجي: قال محمد: ويلي الصداق، ومدبر الصحة، الوصيَّة بزكاة فرط فيها، قاله ابن القاسم، ومالك: إنها تقدم على كل كفارة وعتق وإبتال في المرض.

وللبرقي عن أشهب: أن العتق؛ يريد: المعين يقدم على الزكاة، والزكاة تقدم على الصدقة.

ابن زرقون: وحكى ابن يونس عن أشهب: أن الزكاة لا تبدأ على الوصايا فانظره مع قوله هنا: تقدم على الصدقة فيتحصل لأشهب ثلاثة أقوال:

قوله في المجموعة: تبدأ الزكاة على المدبر.

الثاني: أنها بعد العتق المعين وقبل الوصايا.

الثالث: أنها مع الوصايا.

وللصقلي في كتاب الصيام، إثر ذكر الزكاة التي فرط فيها، ثم العتق في الظهار، وقتل النفس معا، وقيل: يبدأ عتق قتل النفس إذ لا بدل عنه، وعتق الظهار منه بدل وهو الإطعام، ثم كفارة الأيمان، ثم الإطعام من قضاء رمضان، ثم المدبر والمبتل في المرض.

الباجي عن ابن الماجِشُون: إن أوصى بزكاة لعامه أو لعام فارط، وبزكاة فطره وكفارة ظهار، وقتل، وجزاء صيد، وكفارة أيمان، وما بتل في مرضه من عطية، أو صدقة أو حبس أو صداق عن من ليس بولد؛ فذلك مبدأ على ما أوصى به من زكاة فرط فيها، وعلى سائر الوصايا، وكذا المدبر في المرض مقدم على الزكاة وهذه الواجبات

كلها لا يقدم بعضها على بعض.

لابن حبيب: المبتل في المرض يقدم على الزكاة، وقاله مالك، وفي الموازيَّة: زكاة المال والحب والماشية سواء يحاص بينهما، وتبدأ على زكاة الفطر؛ لأنها سنة، ونحوه لأشهب، وتقدم لابن الماجِشُون: زكاة المال والفطر سواء.

الباجي: قال ابن القاسم في الموازيَّة: ثم بعد الزكاة، عتق الظهار، وعتق قتل خطأ لا قتل عمد؛ لعدم وجوبها، فإن ضاق الثلث عنهما، فإن وفى بعتق القتل وإطعام الظهار؛ أنفذ.

ابن زرقون: اتفاقًا.

الباجي: فإن لم يكن فيه إلا رقبة واحدة؛ أخرجها الورثة عن أيهما شاءوا.

وقال أَصْبَغ: أحب إلي عن القتل لعل أن يظهر له مال يطعم منه، فإن أيسر من ذلك فعن أيهما شاءوا، وهذا قول آخر في المساواة بينهما، غير روايتي القرعة والمحاصة، وهي رواية تخيير المنفذ.

الباجي عن ابن عبدوس عن ابن القاسم: يقرع بينهما، وبه قال الأبياني.

ابن زرقون: فيتحصل فيها إن لم يكن في الثلث إلا رقبة واحدة أربعة أقوال: المحاصة، وتبدئة كفارة القتل، والقرعة، وتخيير الورثة؛ يريد: إن اتفقوا. وإن اختلفوا فالقرعة، وقيل: إن لم يكن فيه إلا رقبة، وفضل: لا يبلغ الإطعام بدئ بالظهار، ويشرك بما بقي في كفارة القتل، وهو الخامس.

الباجي لابن القاسم: إن لم يبلغ الإطعام الستين، أطعم ما بلغ، وإن زاد على الستين أعتق به في رقبة.

قال ابن القاسم: إن لم يوص إلا بكفارة قتل، وضاق الثلث عنها، لم يرجع إلى الورثة، وعسى أن يعان بها في رقبة.

قال أَصْبَغ: يعان بها، وليس بشيء مما ذكرنا على رواية المحاصة.

قال بعض القرويين: معنى المحاصة: أن ما وقع للظهار أطعم به، وما وقع للقتل أعين به، وعندي أنه يقسم بينهما نصفين.

وقال اللخمي: يقدم عليهما هدي المتعة، ثم فدية الحج، ثم هدي الفساد، وكفارة الإفطار معًا.

الباجي: قال ابن القاسم في الموازيَّة: بعد عتق القتل والظهار، ثم عتق القتل في المرض، والتدبير فيه سواء، وقاله مالك.

وقال مُطَرِّف: يبدأ المبتل في المرض عليه. قلت لابن رُشْد في رسم شربه من سماع ابن القاسم: وقيل: يبدأ بالمدبر على المبتل في المرض، وهو على قول ابن القاسم في رسم أخذ آخر يشرب خمرًا من الحبس: أن للرجل أن يرجع عن ما حبسه في مرض موته.

الباجي: هذا إن كان في لفظ واحد وفي حكم اللفظ الواحد.

قال في المدَوَّنة والعتبيَّة والمجموعة: إن كانا في كلام واحد في مرضه، فقال: هذا مدبر وهذا حر بتلًا تحاصًا.

قال ابن القاسم: ولو بدأ بأحدهما، ثم ذكر الآخر بدئ بالأول؛ لأنه يثبت له مال يرجع فيه، ولأشهب في المجموعة الكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظ الواحد.

ولابن القاسم في الواضحة: ما كان في كلمة واحدة، وفور واحد فيهما معًا، وما كان في فور بعد فور، فالأول مبدأ.

قال أشهب: إن قال: فلان حر بتلًا ثم سكت سكوتًا يعرف أنه لم يرد غيره، ثم يبدو له، فيبتل غيره بدئ الأول فالأول. ولعبد الملك في المجموعة: لو بتل عتق عبده في مرضه، ثم بتل من آخر عتق نصفه، بدئ المبتل جميعه؛ لأن الآخر إنما يستتم في ثلثه بعد موته، ولو صح ثم مات؛ لم يستتم عليه.

وقال محمد: اختلف قول مالك في تبدئة العتق البتل، والمدبر في المرض على الموصى بعتقه، فقال: يبد أنه على الموصى بعتقه؛ لأن المشكل له تعلق برأس المال إن صح، والمدبر إن صح لا رجوع فيه، وقاله ابن وَهْب، وقال: يتحاصون، وقاله أشهب.

قال ابن دينار: وصدقة البتل مقدمة على الوصيَّة لعتق معين؛ إذ له أن يرجع عنه، وقاله المغيرة، وعبد الملك.

قال سَحنون: كانت العطية قبل وصيَّة العتق أو بعده.

وروى ابن القاسم: أن مالكًا توقف في تبدئة صدقة البتل على الوصايا، وكذا في العتبيَّة، وتبدأ التبدية أحب إلي، وأما على العتق بعينه فيبدأ العتق.

ابن زرقون: الذي في سماع ابن القاسم من الوصايا: أن الوصيَّة يحاص بها مع صدقة المريض.

وفي كتاب المرابحة من العتبيَّة: الصدقة مبدأة.

وفيها: ثم تبدأ بالزكاة، فيما ذكرنا ثم المبتل والمدبر في المرض معًا، ثم الموصى به للعتق بعينه، والمشتري بعينه معًا.

اللخمي: وقال محمد: يبدأ الذي في ملكه وهو أبين؛ لأن الملك مترقب في الذي ليس في ملكه.

وقال الصقلي: قال أشهب: وقال لي الليث وابن أبي حازم: لا يبدأ بما كان في ملكه.

قال أشهب: وقول مالك أحب إليَّ.

محمد: وقاله مالك وأصحابه، وفيها: بعد العتق بعينه والمشترى، ثم المكاتب بعينه.

الصقلي: إن أوصى بكتابة عبده فلان، وعتق آخر بعد سنة وضاق الثلث أسهم بينهما؛ فمن خرج عتق في الثلث، وإن لم يحمله الثلث؛ خير الورثة في إنفاذ الوصيَّة وعتق محمل الثلث منه بتلًا، فإن خرج المعتق إلى سنة سقطت الخدمة.

محمد :أحب إلي أن يبدأ المعتق إلى سنة؛ لأنه بتله ولا عجز فيه، قاله عبد الملك.

ابن القاسم: إن ولم يحملهما الثلث؛ قيل للورثة: إما أن يجيزوا، ولا عتق محمل الثلث منها بتلًا.

اللخمي: اختلف إن حملهما الثلث، قيل: يعتق إلى أجل بخلاف إذا لم يحمله الثلث، وقيل: يعتق بتلًا.

الباجي: قال عبد الملك في الواضحة: إن كان أجله بعيدًا كالسنة.

وفي المجموعة: إن كان إلى أجل طويل تحاصا، وسقطت الخدمة والكتابة ويبديان

على رقبة غير معينة، كان ذلك في كلمة أو فور بعد فور.

الشَّيخ في المجموعة: روى ابن القاسم وأشهب: إن أوصى بعتق عبده وبأن يكاتب الآخر، فالمعتق مبدأ وكذا على أن يؤدي الآخر كذا فلم يعجله، ولو عجله تحاصا.

قال سَحنون: ولأشهب يبدأ الذي يعتق على غير مال.

اللخمي: إن عجل عتق أحدهما بغير مال، والآخر على مال، أو أوصى أن يكاتب؛ بدئ بالذي لم يعجل عليه مالًا ولا كتابة.

واختلف إن عجل المال فقال ابن القاسم: يتحاصان، وقال غيره: التبدئة على حالها.

قُلتُ: بناء على اعتبار الحكم بحال يوم التنفيذ أو يوم الوصية، وعليهما لو أوصى بكتابة أحدهما، وعتق الآخر على مال يعجله؛ بدئ بالمعجل على قول ابن القاسم وتحاصا على قول الآخر، ولو لم يعجل المعتق على مال المال تحاصا، قاله الصقلي.

وفيها: بعد المكاتب بعينه، ثم القسمة بغير عينها، والحج معًا، وقد قال: يبدأ بالرقبة لضعف الحج.

الباجي: انفرد ابن وَهْب فقال: تقدم وصيَّة الصرورة بالحج على الرقبة المعينة، وفي الموازيَّة يبدأ العتق، وإن كان تطوعًا والموصي صرورة، وقاله أشهب، وابن القاسم ورواه عن مالك.

وأما حج الضرورة مع رقبة معينة ففيه ثلاثة أقوال:

قول ابن القاسم في كتابه: يقدم عتق غير المعين.

وقول أشهب وابن وَهْب: يقدم حج الصرورة.

وقول ابن القاسم الذي وافق فيه أصحابه: يحاص بينهما، وقاله ابن كنانة، وإن كان الحج من غير صرورة، فعلى أن العتق يقدم على الصرورة فأحرى أن يقدم هنا، وعلى أنه لا يقدم على الصرورة.

قال محمد عن مالك وأصحابه: تبدأ كل وصيَّة على حج غير الصرورة، والرقبة

غير المعينة، والوصايا في الثلث شرع سواء، وقاله أشهب، والأول مبني على كراهة الوصيَّة بالحج، قاله مالك.

الصقلي: إن اجتمع وصيَّة مال وحج وعتق بغير عينه على القول بتبدئة الرقبة على الحج حوصص بينهما، فما وقع للحج كانت الرقبة أو أولي به كما لو كانا معًا كمعادة الشقيق للجد بالأخ للأب.

قال: ولم يختلف قول ابن القاسم: أنه إن أوصى بمال وبعتق بغير عينه؛ أنهما يتحاصان، وإن أوصى بحج ومال؛ أنهما يتحاصان.

قُلتُ: هذا الاتفاق يناقض قوله: بتقديم العتق؛ لأن المساوي لأمر مساوي لمساوي ذلك الأمر ضرورة، ويجاب بأن المحاصة تكون بالمفاوتة لا بالمساواة قاله ابن رُشْد في سمَاع موسى.

قال ابن شاس: ويقدم الواجب على التطوع، وتبعه ابن الحاجب فقبله ابن هارون قال: ويقدم الواجب بالكتاب على الواجب بالسنة.

وقال ابن عبد السلام: هذا إن كانا من جنس واحد كعتق رقبتين إحداهما واجبة، والأخرى تطوع، وكذا الإطعام وشبهه، وإن كانا من جنسين؛ فالذي قاله، وإن ساعده الفقه فالنقل يخالفه في كثير من المسائل بعضها يضعف الاعتذار عنه، فقد قدم الأكثرون مدبر الصحة على الزكاة، وقدم عبد الملك عليها مدبر المرض.

قُلتُ: الأظهر حمل لفظها على ما اتحد جنسهما، ونحوه قول اللخمي الموصى به أربعة: ما جاء به القرآن، وما جاءت به السنة، وما أوجبه الموصي على نفسه فالمقدم، والرابع: ما أوصى به، ولم يوجبه بالمقدم ما جاء به القرآن ثم ما جاءت به السنة، ثم ما تطوع به، وقد تقدم ما جاءت به السنة على ما جاء به القرآن في بعض المسائل.

وفيها: تقديم العتق بعينه على المعتق غير معين.

وفيها: إن أوصى بمال وقسمه بغير عينها تحاصا.

وسمع موسى بن معاوية: من أوصى بعتق رقبة تشترى، وأوصى بوصايا وضاق الثلث تحاصوا فيه.

ابن رُشْد: مثله في المَدَوَّنة من أن الرقبة بغير عينها لا تبدأ على الوصايا.

واختلف في ذلك، وفي الوصيَّة بالحج، فقيل: كلها سواء في المحاصة، وقيل: تبدأ الرقبة على الحج، ويحاص المال مع الحج ومع الرقبة، ووجهه أن الرقبة آكد ثم المال ثم الحج، فتتحاص الرقبة مع المال لتقاربهما، والمال مع الحج أيضًا لقرب ما بينهما، وتبدأ الرقبة على الحج لبعد مابينهما، وقيل: تبدأ الرقبة على المال والحج، وقيل: يبدأ الحج على الرقبة والمال.

الجلاب: من أوصى بعتق مطلقًا غير معين، ووصايا؛ كان العتق واجبًا من نذر، أو كفارة يمين، أو قتل، فهو مبدأ، وإن كان تطوعًا.

ففيها فيما أظن روايتان:

أحدهما: أنه مبدأ. والآخر: أنه وسائر الوصايا سواء.

قُلتُ: وعن ابن الحارث: التبدئة لعبد الملك.

وفي الكافي لأبي عمر: الجزم بالروايتين دون ظن.

وفيها: من أوصى بثلث، وبربع ماله، وبشيء بعينه لقوم؛ نظر إلى قيمة هذه المعينات، وإلى ما أوصى به الثلث والربع، فيضربون في ثلث الميت بمبلغ وصاياهم، فما صار لأصحاب الأعيان أخذوه في ذلك، وما صار للآخرين كانوا به شركاء مع الورثة.

وسمع ابن القاسم من قال: ثلثي في سبيل الله وفي الرقاب، أو لفلان مائة دينار، قال: يعولون الذي سمى له بالمائة.

ابن رُشْد: قال في هذه الرواية: إن الوصيَّة بالجزء، والتسمية يحاص بينهما، كانت التسمية لمعين والجزء لغير معين في وجه واحد أو وجوه شتى.

ومثله سماع أشهب، وسماع يحيى، ورواه علي بن زياد، وذلك إذا أبهم التسمية، لم يقل فيها أنها من الثلث كقوله: عشرة دنانير وثلثي لفلان، أو في وجه كذا ولفلان، أو في وجه كذا ثلثي ولفلان، أو في وجه كذا منه عشرة دنانير، فإن التسمية تبدأ، قاله في رسم الوصايا من سماع أشهب، ولا خلاف في ذلك إن أتى بمن قدمها، أو أخذها والتبدئة مع التأخير أوكد، وعن مالك: تبدئة التسمية على الجزء وعنه العكس.

وقال ابن رُشْد في رسم الوصايا من سمَاع أشهب: المشهور التحاصص.

ابن زرقون: للناس أشعار في ترتيب الوصايا على مشهور مذهب مالك فاخترت قول بعضهم.

صداق مريض في الوصايا مقدم ... ويتلوه ذو التدبير في صحة الجسم
وقيل هما سببان حكمهما معا ... وقيل بذي التبذير يبدأ في الحكم
وإن ضيع الموصي زكاة فإنها ... تبدى على ما بعدها دين في النظم
وكفارتان بعدها لظهاره ... ولقتل وهبا لا بعمد ولا جرم
ويتلوه كفارة الحنث ... لكفارة الموصي في الصوم ذي الصوم
ونذر الفتى قال لما قد نصصته ... وما بتل الموصي ودبر في السقم
هما يتلوان النذر ثم وصاية ... بعتق الذي في ملكه يا أخا الفهم
مع المشتري من ملك زيد معنا ... ليعتق عنه النجاة من الإثم
وما أعتق الموصي بتوقيت ... حينه كشهر ونحو الشهر من أجل حتم
وإن كان عتق بعد مال مؤجل ... فعجله ذو العتق قبل انقضاء القسم
يساوي بهم عند الحصاص حقيقة ... كذا حكمهم يا صاح في موجب العلم
وبعدهما ما كان عتقا مؤجلا ... ببعد من التأجيل في مقتضى الرسم
فذاك مع الموصى به من كتابة ... ومن كان بعد المال لعتق بالعدم
يبدون قبل المشتري لعتاقه ... بلا نص تعيين عليه ولا حسم
ومن بعده الحج الموصى بفعله ... وقيل هما سببان في مقتضى الحكم
وهذه المبادئ نظمها نظم لؤلؤ ... فدونكه نظما صحيحا بلا وهم

قال أبو حفص بن عمر بن الحسن الهوزني وزاد فؤاد:

أصح للمبدى في مكاسب من ترى   فيسهل ذكراه عليك إذا جرى
ففي رأس ما أبقى ضرورات دفنه   وفرض زكاة حل في نابت الثرى
وثن بدين الحق فاقض جميعه   وتتلو زكاة العين والفطر ما مضى
لموصي بها قد حل للوقت منهما   فبدئهما حتما على السخط والرضى
وقد قيل في بعض الهدايا بمثله   ولاسيما عند الوصاة وما التوى
وفي ثلثه مهر المريض فبده   وأقواه مهر المثل منه إذا بنى
ويتلوه تدبير الصحيح وبعده   زكاة مريض ضيع الوقت فانقضى
وتدبيره والعتق بتلا تلا معا   وقيل يلي عتق الظهار أو الخطأ
وكفارة الأيمان بعد وبعدها   يكفر عن فطر الصيام إذا عصب
وإطعام نذر للمساكين بعده   وتعيين عتق بعد من أوجه ترى
فعتق بلا شرط وعتق لغارم   ومستخدم والعتق في ذين قد دنا
وتعيين مبتاع يعجل عتقه   فكلهم في الحكم عدلا قد استوى
وتابع بموصي أن يكاتب والذي   تباعد منه العتق للوقت إذ نأى
وبعدهما حج الصرورة يده   ويتلو عتيق لم يعين من الورى
ويشركه حج لغير صرورة   وإن شئت بدء العتق قبل فقد أتى
ويتلوه هذا العتق سائر عهده   ويبد لمرض من وصايا ما ارتضى
ويحسب وصاياه ديون أيامه   وفي ثلث الباقي يكون كما قضى
ويدخل في المعلوم كل وصية   ويدخل تدبيراه في ثلث ما طرا
وفي جهله خلف وأشهره الذي   نصصت وتخليط الأقاويل كالعمى

ابن زرقون: المشهور تبدئة زكاة الفطر على الظهار، وقتل النفس؛ لأنه قيل: زكاة الفطر فرض، والظهار وقتل النفس هو أدخله على نفسه.

والمشهور في المقدمات: كان أبو عمر الإشبيلي يرى: تبدئة الوصيَّة بفك الأسير على كل الوصايا المدبر في الصحة وغيره، ويحتج برواية أشهب في كتاب الجهاد، وحكاه عنه ابن عتاب، وقال: أجمع الشُيُوخ على ذلك وهو صحيح.

وفيها: من اشترى ابنه في مرضه، جاز إن حمله الثلث، وعتق وورث باقي المال إن انفرد وحصته مع غيره، وإن عتق مع ذلك عبده بدئ الابن، وورث إن حمله الثلث.

الصقلي: قال محمد: إن اشتراه بأكثر من ثلثه عتق منه محمل الثلث، ولم يرثه.

وفي سماع ابن القاسم: مثله، وفيه: إن لم يحمله الثلث؛ عتق منه محمله، ورق ما بقي للورثة، فإن كان الورثة ممن يعتق عليهم؛ عتق ما بقي عليهم.

قُلتُ: إن اشترى بماله كله وورثته من يعتق عليهم؛ جاز شراؤه، وعتق عليهم.

وذكر سَحنون عن ابن القاسم مثل ما في المدَوَّنة، وقال ابن وَهْب: إن اشترى من يعتق عليه وهو يحجب من يرث المشتري ويرث كل المال، كان ابنه أو غيره؛ جاز شراؤه ولو بجميع ماله، ويعتق ويرث ما بقي، وإن كان لا يحجب وله من يشركه في الإرث؛ لم يجز شراؤه إلا بالثلث ولا يرثه؛ لأنه إنما يعتق بعد موت المشتري.

قال: وقال أشهب: لا يجوز شراؤه إلا بالثلث، كان ممن يحجب أو لا يحجب، ولا إرث له، وقال غيره: كل من يجوز استلحاقه جاز شراؤه. فكل ما له شركة في الإرث أخذ أو لًا.

الصقلي: وكذا لابن حبيب عن ابن الماجِشُون، قصره على الابن.

محمد: اختلف قول أشهب، قال مرة: شراء ابنه بماله كله، إن لم يكن معه وارث يرث في رق الولد ويحجبه الولد لو كان حرًّا جائز، فإن كان معه مشارك في الميراث؛ لم يكن له أن يشتريه إلا بالثلث.

وكذا في كل من يعتق عليه، وأنكر قول مالك، لا يشتريه إلا بثلثه ولم يفصل، وروى عنه البرقي كقول مالك، ولما ذكر اللخمي قوله الأول، قال: ولست أدري من

أين أخذ مالك قوله الذي قال.

الصقلي: قال بعض القرويين: لا يجوز عند ابن القاسم أن يشتريه بأكثر من ثلثه؛ يريد: على قوله في المدَوَّنة.

قُلتُ: ومثل قوله سمع أشهب ابن رُشْد، مذهب ابن القاسم: أن العتق يصح له بنفس شرائه بثلث ماله؛ لعدم الحجر عليه في ثلثه دون ترقب، وإن تلف باقي ماله قبل موته لم ينتقص عتقه، كمن بتل عتق عبده في مرضه وله مال مأمون فجعل عتقه، ثم تلف المال المأمون؛ لم يرد العتق.

وكذا في الموازيَّة: من اشترى ابنه في مرضه؛ فهو حر مكانه، ويرثه إن اشتراه بثلث ماله، وهو دليل هذا السماع، وما في المدَوَّنة والمدنيَّة لابن القاسم.

وقال أَصْبَغ: لا يرث بحال؛ لأنه لا يعتق إلا بعد الموت.

قال التونسي: وهو القياس، ووجه قول ابن القاسم: كأنه لم يزل حرًّا من يوم الشراء، ألا ترى أن المبتل في أحد القولين إذا اغتل غلة بعد التبتيل أو أثمرت النخل بعد موت الموصي، أن الأصول وحدها هي التي تقوم، فإذا خرجت من الثلث تبعتها الغلات كأنها لم تزل من يوم بتلت ملكًا لمن بتلت له، وما حملها عليه قول ابن القاسم: إن العتق يعجل له بنفس الشراء دون ترقب، هو الذي ينبغي أن يحمل عليه قوله: به يسلم من الاعتراض.

وإن لم ينظر فيه إلا بعد الموت على ما قاله في أول رسم من سماع عيسى.

ولأشهب في أول رسم من سماع عيسى مثل قول أَصْبَغ.

الصقلي: واستثقل ابن عبد الحكم توريثه، وقال: كيف يورثه وهو لو بتل عتق عبده، لم يوارث أحرار ورثته حتى يقوم في الثلث بعد موته، إلا أن يكون له أموال مأمونة؛ ولكنه استسلم لقول مالك ثم أخذ تباعًا، ونقل اللخمي قول أَصْبَغ بزيادة: إلا أن يكون للميت أموال مأمونة من عقار وغيرها، فيرث ويورث.

الصقلي: قال أشهب: إن اشترى ابنه وأخاه في مرض واحد بعد واحد بدئ الأول في ثلثه، وإن كان في صفقة واحدة فقياس قول مالك يتحاصان، وفي قولي: أبدئ الأول

وأعتقه، وإن كان أكثر من الثلث؛ يريد: على قوله: إن له أن يشتريه بجميع المال إن لم يكن معه وارث.

محمد: بل إن حمله الثلث بدئ به، وعتق، فإن بقي من الثلث شيء؛ عتق فيه الأخ وما حمل منه، وإن اشترى أخاه أولًا ولم يحمله الثلث؛ عتق منه محمله، وعتق الابن في بقية ماله، وورثه إن خرج كله، وإن لم يخرج كله؛ لم يعتق منه إلا بقية الثلث بعد الأخ، وقاله أشهب أيضًا، وقال في رواية البرقي: إن كان في صفقة تحاصا.

وفيها: إن أوصى أن يشترى أبوه بعد موته؛ اشتري وعتق في ثلثه، وإن لم يقل وأعتقوه.

الصقلي: يريد: وكذا كل من يعتق عليه إذا أوصى بشرائه.

وفيها: إن قال في وصيته إن مت فكل مملوك لي مسلم حر، وله عبيد مسلمون ونصارى، ثم أسلم بعضهم قبل موته؛ لم يعتق منهم إلا من كان يوم الوصيَّة مسلمًا.

الصقلي: قال بعض فقهاء القرويين: لعله فهم منه إرادة عتق هؤلاء بأعيانهم، وإلا فالأشبه دخول من أسلم في وصيته؛ لأن الموصي إنما يوصي فيما يكون له يوم الموت، لا أعيان من كان عنده؛ لأنه لو قال: إذا مت فعبيدي أحرار، وعنده عبيد ثم أوصى فباعهم واشترى عبيدا آخرين، فمات عنهم كانت الوصيَّة فيهم.

واختلف لو اشترى بعد الوصيَّة عبيدًا مسلمين، فقال محمد عن ابن القاسم: يدخلون في الوصية، ولابن حبيب عن أَصْبَغ: لا يدخلون.

محمد: إن لم يكن في عبيده يوم الوصيَّة مسلمون، فمن أسلم من عبيده واشتراه مسلمًا؛ دخل في الوصية.

قُلتُ: ما ذكره عن بعض القرويين يرد بأن صدق اللفظ على مسماه، إما أن يكون في سياق التقسيم، أو الإطلاق.

فالأول: ظاهر في تعيين المسمى لقرينة التقسيم الملزوم لاعتبار الخاصة التي تقرر بها التقسيم.

والثاني: ظاهر في إطلاق المسمى لأصالته السالمة عن موجب التعيين.

وفيها: من أوصى لرجل بمثل مصاب أحد بنيه، فإن كانوا ثلاثة؛ فله الثلث.

اللخمي: من خلف ثلاثة بنين، وقد أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه؛ كان له الثلث، وإن كانوا أربعة؛ فالربع، وإن كانوا خمسة؛ فله الخمس، هذا قول مالك.

وقال ابن أبي أويس في ثمانية أبي زيد: له السدس إذا كانوا خمسة.

الصقلي عن محمد: إن أوصى بمثل نصيب أحد ولده ومعه من يرث من أم وزوجة ذكورًا، أو ذكورًا وإناثًا؛ كان للموصى له ثمن ما يصير للواحد خاصة، وإن كانوا ثلاثة؛ كان له ثلث ذلك، وإن كانوا اثنين؛ كان له نصف ذلك، وإن كان واحدًا؛ كان له مثل ما يصير له إن حمله الثلث، ثم يضم ما بقي إلى ما عزل لمن كان يرث الميت مع الولد، فيقسم ذلك على فرائض الله، وإن كان ولده كلهم إناثًا كان لهن الثلثان، ثم ينظر إلى عددهن فإن كن أربعًا؛ أعطي ربع الثلثين، وإن كن ثلاثًا؛ أعطي ثلث الثلثين، وإن كن اثنين؛ أعطي نصف الثلثين، وإن كانت واحدة؛ أعطي نصف المال إن أجازه الورثة، وإلا فله ثلث المال، ثم يضم ما بقي لسائر مال الميت يقسم على فرائض الله، على البنات وسائر الورثة من عصبة وغيرهم.

أَصْبَغ: هذا قول مالك وابن القاسم وأشهب.

ابن عبد الحَكم: هو أصح من قول الفراض.

الصقلي: يقولون إن أوصى بمثل نصيب أحد ولده وهم ثلاثة؛ أعطي الربع ومع الأربعة الخمس، ويزيدون سهمًا على عددهم.

وسمع أبو زيد: لمن ترك بنات وغيرهن وأوصى لبنت ابنه من ثلث ماله، بمثل نصيب أحد بناته؛ عزل الثلث، وقسم الثلثان على فرائض الله، فما صار لإحدى بناته أعطيت بنت الابن مع البنات كأنها منهن مثل ما لو كانت مثله من الثلث، فإن فضل شيء عن أهل الثلث قسم على أهل الفرائض كلهم، وتجعل بنت الابن مع البنات كأنها منهن مثل ما لو كانت بنت من يرث الميت.

ابن رُشْد: ظاهره أنه جعل قول الميت دليلًا على أنه إنما أراد أن يعطي الموصى له من ثلث ماله مثل نصيب إحدى بناته من ثلثي ماله، ولو قال: بمثل نصيب إحدى بناته

ولم يقل من ثلثها له لأعطى مثل نصيب إحدى بناته من كل ماله ابتداء، ثم يقسم الباقي على الفرائض كقوله في المَدَوَّنة وغيرها؛ فيكون للموصى له أكثر مما يكون لكل واحد منهم.

وقال بعضهم: قول ابن القاسم في هذه الرواية خلاف قوله في المَدَوَّنة: ولا فرق بين أن يقول من ثلث مالي أو يسكت؛ لأنه علم أن الوصايا إنما هي من ثلث المال فمعناه أعطوا فلانًا من ثلث مالي مثل نصيب إحدى ولدي.

واحتمل أن يريد مثل نصيبه من جميع ماله فيكون له أكثر مما يصير لكل وارث.

واحتمل أن يريد مما بقي بعد الوصيَّة فيكون له مثل نصيب كل واحد منهم مثل قوله في هذا السماع، فحمله في المَدَوَّنة على الوجه الأول، وحمله في هذا السماع على الوجه الثاني.

والأظهر أن قول ابن القاسم لم يختلف في ذلك، وأن لا فرق بين أن يقول من ثلثي أو يسكت.

اللخمي: إن قال: أنزلوه منزلة ولدي أو اجعلوه كأحدهم، وهم خمسة كان له السدس اتفاقًا.

وكذا إن قال: له نصيب أحد ولدي، ولم يقل مثل.

الشَّيخ في الواضحة من قول مالك: إن قال فلان وارث مع ولدي أو من عدد ولدي، أو ألحقوه بولدي، أو ألحقوه بميراثي أو ورثوه من مالي، أو قال: في ابن ابن له ماتا أبوه ورثوه ابنه مكان أبيه، ففي كل هذا إن كان البنورة ثلاثة فهو رابعهم، وإن كانوا ثلاثة ذكور وابنتين فهو كرابع الذكور.

وإن كان الموصى له أنثى، فهو ثالث مع الابنتين فيكون وصيَّة بسبع المال، وإن كان ذكر فبخمس المال، وسمع أشهب: المعتبر في عدد ولده الموجود منهم يوم يموت المالك.

ابن رُشْد: المعتبر عددهم يوم وجوب الوصية، قل عددهم أو كثر اتفاقًا لا يوم الوصية.

ابن زرقون: إن أوصى بمثل نصيب أحد بنيه، وترك رجالًا ونساء فأربعة أقوال:

الأول: أنه كرجل مدلول.

والثاني: قول مالك في المَدَوَّنة: يقسم على عدد رؤوسهم الذكر والأنثى سواء، ويعطى حظ واحد منهم، ثم يقسم ما بقي على فرائض الله، وقيل: يزاد سهمه على السهام ويكون له.

وقال ابن زياد: له نصف نصيب ذكر، ونصف نصيب أنثى، ولم يحك اللخمي فيها إلا الثاني والأخير.

وعزاه لابن الماجِشُون قال: وهو أحسن.

قال: فإن قال: له مثل نصيب أحد ولدي، وله زوجة وأبوان عزل نصيب الزوجة والأبوين، ثم ينظر إلى ما ينوب كل واحد من الباقي، فيعطي مثل نصيب أحدهم، ثم يجمع مع نصيب الزوجة والأبوين إلى الباقي بعدما أخذه الموصى له، فيقسمونه على فرائض الله، وسمع عيسى ابن القاسم: إن قال: له سهم كسهم ولدي، وله ولد واحد، فإما أعطاه جميع المال، وإلا فالثلث.

الشَّيخ: وقاله سَحنون في المجموعة: ولم يزد فيها ابن رُشْد شيئًا.

الشَّيخ عن عيسى في العتبيَّة: إن قال: من عدد ولدي، فإن كان للموصى له ولد؛ فله بهم ذكر، وإن كان أنثى؛ فله بهم أنثى، ويحلف مع الولد في العدد، فإن كان معهم أهل فرائض؛ خرجت فرائضهم، ثم يأخذ الموصى له كما وصفنا مما بقي، ثم يقسم كل ما بقي بين جميع الورثة، ولو قال: هو وارث مع ورثتي؛ فلتعد الجماجم، فإن كانوا ثلاثة فهو رابعهم، ثم على هذا الحساب.

ابن حبيب عن أَصْبَغ: من ترك زوجة، وأخا وإخوة لعلات، وقال: لفلان سهم مثل سهم أحد ورثتي؛ فانظر إلى عددهم فيعطى نصيبًا منه، ولو قال: مع ورثتي؛ ردته على عددهم، وأخذ نصيبًا من جملة العدد.

وسمع عيسى ابن القاسم: من قال: لفلان مثل نصيب أحد ولدي ولا ولد وطلب الولد، ثم مات ولا ولد له؛ فلا شيء للموصى له، واحتج بقول مالك: من قال:

اكتبوا ما بقي من ثلثي لفلان، حتى أنظر لمن أوصي، فمات قبل أن يوصي بشيء غير ذلك؛ لا شيء للموصى له ببقية الثلث.

ابن رُشْد: لا خلاف أحفظه في الأول، وما احتج به خالف فيه أشهب، ورأى له الثلث كله.

وفي سماع محمد بن خالد: قول لأشهب في بعض الروايات: إن له ثلث الثلث مكان ثلث المال.

فقيل: هو غلط وتصحيف، وقيل: هو قول ثالث، وعلى هذا حمله ابن حارث، وهو بعيد لا وجه له، ولو قيل له نصف الثلث كان له وجه؛ لأنه يقول: لي الثلث كله، ويقول الورثة: لا شيء لك منه، فيقسم بينهما.

وفيها: قال مالك: إن قال: لفلان مثل نصيب أحد ورثتي، وترك رجالًا ونساء، فقسم المال على عددهم وأعطي جزءًا منه، وقسم ما بقي بين ورثته إن كانوا ولده، للذكر مثل حظ الأنثيين.

قُلتُ: تقدم نقل ابن زرقون الأربعة أقوال، معبرًا عن واحد ورثته بأحد بنيه.

وسمع عيسى: من مات وقد قال: لفلان جزء من مالي أو سهم منه؛ أعطي من أصل فريضتهم سهمًا، إن كانت من ستة؛ فسهم منها،وإن كانت من أربعة وعشرين فيهم منها، وإن كان ورثته أولادًا رجلًا وابنة؛ أعطي سهمًا من ثلاثة.

وإن كان رجل وامرأتان منهم من أربعة فعلى هذا بحسب قلوا أو كثروا ما لم يكن إلا ولد واحد؛ فله ثلث المال، وإن لم يكن له وارث؛ فسهم من ستة؛ لأنه أدنى ما تقوم منه سهم الفرائض.

وقال أشهب: له سهم من ثمانية؛ لأن أقل سهم فرضه الله تعالى الثمن، فإن كان أصل المسألة ستة، وهي تربو إلى عشرة، فسهم من عشرة.

ابن رُشْد: الأظهر قول أشهب.

قُلتُ: وقال الباجي: إن أوصى بجزء من ماله أو نصيب، أو سهم ولم يعينه، فقال أَصْبَغ ومحمد: لهم سهم واحد مما قسمت عليه فريضته، كثر ذلك السهم أو قل.

قال عبد الوهاب: من أصحابنا من قال: يعطى الثمن.

قال ابن عبد الحَكم: اختلف في ذلك، قيل: له الثمن، وقيل: يعطى سهمًا مما تنقسم عليه الفريضة، قلّت السهام أو كثرت.

محمد: وهذا أحب إلي، وعليه جماعة أصحاب مالك.

وقيل: يعطى سهمًا من سهام الفريضة ما لم يزد على الثلث، فيرده الورثة إلى الثلث أو ينقص من السدس، فلا تنقص من السدس. ولم يتعقبه ابن زرقون وأتى بما ذكرناه من سماع عيسى، والظاهر من كلام ابن رُشْد أن الخلاف إنما هو إذا لم يكن له وارث.

وظاهر كلام الباجي ونقله عن من ذكر أن الخلاف مطلقًا ولو ترك ورثة.

قُلتُ: فيتحصل في المسألة خمسة أقوال:

الثلاثة التي نقل الباجي، ونقله عن من ذكر أن الخلاف مطلقًا ولو ترك ورثته، والقولان اللذان نقلهما ابن رُشْد المقيدان بأن لا وارث، وثالث نقل ابن الحاجب لأكثر من سهم الفريضة، أو الثمن لو صح كان سدسًا، وما أراه، إلا وهمًا؛ لأن ابن شاس لم يذكره وذكر بدله الأكثر من السدس، أو سهم من الفريضة كما ذكره الباجي.

ابن شاس: ومن أوصى بضعف نصيب ولده، فقال ابن القُصَّار: لا أعرف فيها نصًّا، ووجدت لبعض شُيُوخنا أنه يعطى مثل نصيب ولده مرة واحدة، فإن قال: ضعفين أعطي مثل نصيبه مرتين.

ثم حكى عن الشافعي وأبي حنيفة: أنهما لا يقولان إن ضعف النصف مثله، قال: وهذا في نفسي أقوى.

وفي الوصاياها الثاني: من قال: وهبت خدمة عبدي لفلان ثم مات فلان؛ فلورثته خدمة العبد ما بقي، إلا أن يستدل من قوله: إنما أراد حياة المخدم.

وقال أشهب: يحمل على أنه حياة فلان، ولو كان حياة العبد كان هبة لرقبته.

الصقلي: قال بعض أصحابنا: قول ابن القاسم جيد وليس كهبة الرقبة؛ لأنه بين قصر هبته على الخدمة فقط دون مال يموت عنه العبد، أو أرش جناية عليه، فقد أبقاها لنفسه فلا يلزمه ما قال أشهب.

محمد: من قال في وصيته: يخدم عبدي فلانًا، ولم يوقت وقتًا فلا اختلاف فيه بين أصحابنا فيما علمت إن ذلك حياة المخدم، وهو إن شاء الله قول ابن القاسم وأشهب في وصاياها الثاني.

وإن قال: أخدمت عبدك رجلًا أجلًا مسمى، فمات الرجل قبل الأجل؛ خدم العبد ورثته بقية الأجل، إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة، وإنما هو من عبيد الخدمة.

وفي وصاياها الأول: من قال في مرضه: يخدم عبدي فلانًا سنة والموصى له غائب ببلد ناء، أجره السلطان إلا أن يكون أريد به ناحية الكفالة والحضانة.

وفيها: إن أعمرك رجل حياتك خدمة عبد أو سكنى دار؛ لم يجز لك أن تبيع هذه الخدمة من أجنبي أو تؤاجر العبد، إلا إلى مدة قريبة كسنة أو سنتين وأمر مأمون، ولا تكريه إلى أجل غير مأمون.

ولو أوصى لك بخدمة العبد سنين، وأكريته فيها؛ جاز كمن آجر عبده عشر سنين.

قال مالك: ولم أر من فعله وإن فعل جاز، وهذا خلاف المخدم حياته؛ لأنه إذا مات المخدم سقطت الخدمة، والمؤجل يلزمه باقيها لورثة الميت وللرجل أو خدمه عبد، إلا أن يعلم أنه أراد به ناحية الحضانة.

اللخمي: أجاز ابن القاسم إن كانت الخدمة عشر سنين أن يكريه المخدم بالنقد في العشر سنين لقوله: إن مات قبل انقضاء العشر خدم ورثته بقيتها، ولا يجوز عند ابن نافع لقوله: إن مات بعد سنة أو سنتين رجع العبد إلى سيده، وإن كانت الخدمة حياة العبد جاز على أصل ابن القاسم مؤاجرته عشر سنين كعبد نفسه.

وقال في الموصى: له بسكنى دار، ولا يكريها إلا السنتين ونحوها، وأجاز ابن ميسر أن تكرى الثلاثة والأربع.

ولو أجر الدار والعبد عشر سنين دون نقد جاز على القولين.

والعبد عند ابن القاسم إن اجتمع فيه كونه من عبيد الحضانة، والموصى له محتاج إلى الحضانة لم يكن له أن يؤجره، وإلا جاز له ذلك، وأجازه أشهب مطلقًا.

قُلتُ: انظر هل هو بناء على أن ملك الانتفاع كملك المنفعة، أو أن الأصل ملك المنفعة.

وفي جناياتها: قلت: من أوصى لرجل بخدمة عبده سنين معلومة، فقتل العبد قبل انقضائها كيف يصنع بالقيمة.

قال مالك: القيمة لمن له الرقبة وليس للموصى له بالخدمة شيء، وكذا لو قطعت يده فأخذ لها دية، فإنما ذلك لمن له الرقبة.

قال سَحنون: أما مالك فهذا قوله لم يزل، واختلف أصحابه فكل ما سمعت خلاف هذا، فرده إلى هذا هو أصل مذهبهم، مع ثبوت مالك عليه.

عياض: نبه على الخلاف، وهو قول المخزومي، وغيره إنه يكري من القيمة من يخدمه إلى الأجل.

الصقلي: قال ابن المواز: الذي لم يختلف فيه قول مالك وأصحابه، إذا أخدم عبده سنين، ثم مرجعه إلى سيده، أو بتله إلى رجل بعد سنة فقتل في الخدمة، أو في السنة فقيمته لسيده لا رقبته له بعد.

قال أشهب: ألا ترى أن سيده لو أحدث دينًا كان أولى ممن بتله له بعد سنة.

محمد: وإنما اختلف قول مالك وأصحابه فيمن أخدمه رجلًا سنة، ثم مرجعه لفلان بتلًا، فقبضه ثم قتله رجل في الخدمة.

قال ابن القاسم: اختلف فيه قول مالك، قال مرة: هو لصاحب البتل، وقال مرة: هو للسيد الأول.

ابن القاسم: وأحب إلي أن يكون للسيد الأول، كما لو جعله حرًّا بعد خدمة هذا، فقيل في الخدمة: وإن مات فقيمته وميراثه لسيده الذي كانت له رقبته، وطريقة سَحنون أصوب؛ لأنه حفظ ما لم يحفظه محمد، ولوجود الخلاف نصًّا للمغيرة حسبما ذكره عياض وابن رُشْد في كتاب المخدم، ولما أشار إليه أبو إبراهيم من أن المسألة التي ذكر فيها سَحنون الخلاف: هي إذا مات الموصي، والتي نفى محمد فيها الخلاف: مسألة إخدام في حياة الموصي، وهو أصل في الحق من وارثه.

ابن رُشْد في رسم العتق من سمَاع عيسى في كتاب الجنايات: اختلف قول مالك في جرح العبد ميراثه إذا مات وقيمته لمن يكون إذا أخدمه سيده رجلًا مدة، ثم جعل مرجع رقبته لغيره، هل يكون لسيده الذي أخدمه؟ أوالذي له مرجع الرقبة اختلاف مشهور، وعليه الاختلاف في مسألة رسم العتق من سمَاع عيسى من كتاب الخدمة: فيمن يخدم عبده فلانًا سنة، ثم هو لفلان وعليه دين هل يباع عليه في الدين من قبل السنة أم لا؟ وفي مسألة أول رسم من سمَاع ابن القاسم في كتاب الحبس: في الذي يحبس على الرجل فيقول هو لك حياتي ثم هو في سبيل الله، هل يكون إذا مات في ثلثه أو من رأس المال؟

قال ابن الحاجب: ولو وقت المنافع بزمان محدد؛ كان للوارث في بيعها ما للمستأجر.

قُلتُ: هذا التشبيه يقتضي جواز ذلك مطلقًا، ولو كان العبد من عبيد الحضانة، والموصى له محتاج إلى الحضانة، وتقدم أن هذا إنما هو قول أشهب لا قول ابن القاسم.

قال ابن رُشْد في أول سمَاع يحيى من كتاب المخدم: وسواء قتل العبد في خدمة سيده أو أجنبي عمدًا أو خطأ؛ قيمته لمن جعلت له الرقبة بعد الخدمة، وإن لم يتصدق به سيده بعد الخدمة على أحد، فإن قتله سيده خطأ؛ فلا شيء عليه، وإن قتله عمدًا؛ لزمه قيمته.

كما قال في السماع: واستؤجر منها من يخدم المخدم، فإن فنيت القيمة قبل أجل الخدمة؛ لم يلزمه شيء، وإن انقضى الأجل قبل تمام القيمة؛ رجع باقيها لسيده، وقيل: يأتي بعبد يخدم المخدم إن مات قبل الأجل لم يلزمه شيء، وإن بقي بعده؛ رجع لسيده، والقولان في المدَوَّنة، وقيل: يشترى بالقيمة عبد يخدم مكان الأول، وهو قول المخزومي.

قُلتُ: ونحوه قول اللخمي في كتاب العارية: ويختلف إذا هلك المعير الثوب الذي أعاره بعد أن قبض منه هل يغرم قيمته؟ ونستأجر منها للمستعير مثل الأول، أو يغرم قيمة تلك المنافع قياسًا على من أخدم أمة، ثم أولدها وغرم قيمة المنافع أحسنها.

قُلتُ: قوله: (أو يغرم قيمة تلك المنافع) خلاف الأقوال الثلاثة لابن رُشْد فيتحصل فيها أربعة أقوال:

اللخمي عن محمد في كتاب العارية: من أوصي له بغلة دار أو سكناها، فهدمها أجنبي بعد موت الموصي؛ فعليه ما بين قيمتها قائمة ومهدومة تبنى بها تلك الدار، أتى من بنائها مثل الأول أو أقل، ثم يكون ذلك للموصى له بحاله.

وفي الموازيَّة قول آخر وهو: سقوط حق المعطي في البناء، ويكون على حقه في القاعة، قاله في كتاب الصدقة، وفيه إشارة إلى الفرق الذي تقدم وهو الفرق بين الموصي بعد موته والمخدم في حياته.

وفي جناياتها: من أخدم عبده رجلًا سنين معلومة، أو حياة الرجل، فجنى العبد خير سيده إن فداه؛ بقي في خدمته، وإن أسلمه؛ خير المخدم، فإن فداه ؛خدمه فإذا تمت خدمته، فإن دفع إليه سيده ما فداه به؛ أخذه، وإلا أسلمه له رقًّا.

والموصى بخدمته لرجل سنة، وبرقبته لآخر، والثلث يحمله، إن جنى؛ برئ ذو الخدمة، إن فداه؛ خدمه، ثم أسلمه خير ذو الرقبة، إن فداه؛ أخذه وسقطت الخدمة.

سَحنون: اختلف قوله في هذا الأصل، وأحسن ما قال هو وغيره: أن من أخدم عبده رجلًا سنين، لو أوصى بذلك، ثم برقبته لآخر والثلث يحمل الموصى به، ثم جنى أن يبدأ ذو الخدمة بالتخيير، فإن فداه خدمه بقية الأجل، ولا يأخذه ذو الرقبة حتى يعطيه ما افتكه به، وإلا بقي ولمن فداه.

وقال: وإن أسلمه سقط حقه، وقيل لذي الرقبة: أسلم أو افتك فإن أسلمه استوفه المجني عليه، وإن فداه صار له وبطلت الخدمة.

قُلتُ: فحاصلها في تبدية في الرقبة أو ذي الخدمة، ثالثها في المخدم: رجع عن تبدئة ذي الخدمة إلى تبدئة سيده إلا في الموصي.

الصقلي عن أَصْبَغ: قال ابن القاسم: اختلف قول مالك في المخدم رجع عن تبدئة ذي الخدمة، إلى تبدئة سيده.

وروى أشهب القولين: بأن يكونا فيه كالشريكين يقوم مرجع الرقبة. فإن قيل:

عشرة دنانير؛ قدمت خدمته، فإن قبل عشرة دنانير؛ كان بينهما نصفين، إن فدياه؛ بقي العبد بحاله، وإن أسلماه؛ رق للمجني عليه، وإن افتك أحدهما بنصف الأرش، وأسلم الآخر إن أسلم ذو الخدمة؛ لم يكن للمجني عليه غير بقية الخدمة.

قال ابن الحاجب: ويجوز بيع ماشية أوصى بنتاجها لبقاء بعض المنافع، وقاله ابن شاس قبله وهو وهم شنيع، لا أدري بما استحلا نقل هذا للناس عن المذهب، مع وضوح نصوص المذهب بمنع استثناء الأجنة في المدَوَّنة وغيرها.

وعن ابن شاس: سوء نظره في إضافته مسائل موجز الغزالي المذهب مالك، ولاسيما مع مخالفة المذهب لهذه المسألة.

فتبع الغزالي في قوله في الوجيز ما نصه: والماشية الموصى بنتاجها للغير يجوز بيعها لبقاء بعض المنافع، ولا تباع ابن الحاجب إياه في مثل هذا، كان بعض شُيُوخ شُيُوخنا ينبذون كتاب ابن الحاجب، ويأمرون بالعدول عنه، فتأمل ذلك منصفًا واعرف الرجال بالحق، ولا تعرف لحق بهم، ونصوص المدَوَّنة وغيرها واضحة، بأن المعتبر في ثلث الميت ثلث ماله يوم تنفيذ الوصيَّة لا يوم موته.

فقول ابن الحاجب المعتبر ثلث الموجود يوم الموت خلاف.

[باب فيما تدخل فيه الوصية]

وفيها: كل وصيَّة لا تدخل إلا فيما علم به الميت، والمدبر في الصحة يدخل فيما لم يعلم به، وكل ما يرجع بعد موته من عمري، فالوصايا تدخل فيه وإن بعد عشر سنين.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من قال: إن قبل ولاتي ديتي ففي وصيتي أو وصيتي فيها لم يدخل فيها وصاياه؛ لأنه مال مجهول له يوم وصيته، ولو عفا قبل موتته على الدية وأوصى أن يعفى عن قاتله عن الدية دخلت فيها الوصايا.

ابن رُشْد: لا تدخل وصيته في ديته إن قبلها أولياؤه اتفاقًا؛ لأنها مال لم يعلم به.

وكذا قوله: إن قبل ولاتي الدية؛ لأنه ليس على تعيين من قبولهم، ولو قال: يخرج من ثلثي مما علمت، ولم أعلم من مالي لم تدخل في ذلك الدية التي أخذها الورثة؛ لأنه

مال لم يكن له، وإنما قال: ما لم أعلم من مالي، وديته لم تكن من ماله لكن يؤدى منها دينه ويرثها عنه ورثته؛ لأن السنة أحكمت ذلك.

وإن كانت ليست بمال المقتول الموروث قاله ابن دحون وهو صحيح، وقوله: إن عفا على الدية أو أوصى بذلك دخلت فيها الوصايا بين على جبر القاتل على الدية وعلى أنه لا يجبر قياس.

قوله: إنها لا تدخل فيها؛ لأنه ليس على تعيين منها.

اللخمي: اختلف في دخول الوصايا فيما لم يعلم به الموصي.

ولابن رُشْد في رسم باع من سماع عيسى من كتاب الديات: لا خلاف أن الوصايا لا تدخل فيما لم يعلم به.

اللخمي: وأرى إن كانت بالثلث ولم تكن إلا فيما علم به، وإن كانت بغير الثلث لواجبات من زكاة، أو عتق ظهار، أو قتل، أو كفارة، أو هدي، وضاق الثلث تممت مما لم يعلم.

وإن كانت بتطوع فذلك أشكل، قيل: إن قصد الميت إتمام خروج كل وصاياه من ثلثي الورثة؛ نفذت مما لم يعلم، وقيل: محمل وصيته على ثلثه فقط فلا يدخل فيما لا يعلم، وسمع عيسى: من تصدق بشيء ولم يجز عنه؛ دخلت الوصايا فيه.

ابن رُشْد: وروى ابن وَهْب: لا تدخل فيه، وله في رسم باع من سماع عيسى من الديات، ظاهر قوله في هذا السماع: دخول مدبر المرض فيما لم يعلم به، وهو نصه في سماع أَصْبَغ من المدَوَّنة، ونصه في المدينة خلاف قوله في المدَوَّنة: أنه لا يدخل فيه إلا مدبر الصحة.

وفي الجلاب في كون المدبر فيما لم يعلم به من مدبره روايتان.

قُلتُ: ظاهره ولودبره في صحته، وظاهر كلام الحوفي عدم دخول المدبر مطلقًا فيما لم يعلم به.

ابن حارث: اتفقوا على دخوله فيما لم يعلم به هذا المعروف من مذاهبهم. وروى سَحنون عنه في كتاب المجالس أن ابن القاسم،روى: أن مدبر الصحة لا يدخل إلا فيما

علم به.

قُلتُ: ففي دخولها فيما لم يعلم به، ثالثها: مدبر الصحة، وعزوها ظاهر.

ابن رُشْد: واختلف في دخول المبتل في المرض فيما لم يعلم به.

وفي سماع أَصْبَغ من ابن القاسم في كتاب المدبر: أنه لا يدخل فيه، وعلى القول أن المبتل يبدأ على المدبر في المرض؛ يدخل فيما لم يعلم به.

قُلتُ: قال ابن حارث: لا يدخل إلا فيما علم به اتفاقًا.

قُلتُ: انظر هذا مع ما يأتي للشيخ في مسألة الدور.

اللخمي: اختلف في دخوله فيه، وقوله أحسن.

قال في الموازيَّة في الآبق إذا غاب: يدخل فيه الوصايا، وإن أيس منه واختلف إذا قيل له: غرقت سفينتك وأيس منها، ثم جاءت سالمة فروي لا تدخل فيها وصاياه، وقال محمد: تدخل فيها ولا تشبه ما لم يعلم به.

وقول ابن الحاجب: وفي العبد الآبق والبعير الشارد إن اشتهر موتهما، ثم ظهر السلامة قولان، وذكرهما ابن شاس روايتين لأشهب.

وقول ابن عبد السلام: الخلاف منصوص في السفينة، والمنصوص في الآبق: دخول الوصايا فيه.

قُلتُ: قارب الفقه حمل المؤلف الصور كلها محملًا واحدًا يقتضي أن الخلاف في العبد إنما هو بالتخريج اعتمادًا منه على لفظ اللخمي، وهو خلاف نص ابن شاس المتقدم، وهو الصواب لنقل الشَّيخ عن الموازيَّة والمجموعة أن أشهب روى القولين في السفينة والآبق.

وزاد لعيسى عن ابن القاسم في المجموعة: إن شهدت عنده بينة؛ لم تدخل فيه الوصايا، وإن كان بلغه بلاغًا، ثم مات بقرب ذلك؛ دخل فيه الوصايا، وذكره ابن حبيب عن أَصْبَغ عن القاسم.

قُلتُ: ومثله في سماع القرينين أوله الصقلي في كتاب الهبات.

قال عيسى عن ابن القاسم في مريض وهب لمريض هبة لا يملك غيرها، ثم

وهبها الموهوب لواهبه في مرضه، ولا مال له غيرها قال: يجعل المال من تسعة أسهم، ثلثها للموهوب له أولًا، وهو ثلاثة يرجع منها سهم للواهب الأول فيصير لورثة الأول سبعة، ولورثة الثاني اثنان.

[باب صيغة الوصية]

الصيغة: ما دل على معنى الوصيَّة فيدخل اللفظ والكتب والإشارة(1).

روى مالك عن نافع عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «**ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده**»(2).

ابن شاس: كل لفظ فهم منه قصد الوصيَّة بالوضع، أو بالقرينة؛ حصل الاكتفاء به.

ابن الحاجب: كل لفظ أو إشارة يفهم منها قصد الوصية.

قُلتُ: فيخرج منهما الكتب.

الشَّيخ في الموازيَّة عن أشهب: لو قرؤوها وقالوا: نشهد بأنها وصيتك، فقال: نعم، أو قال: برأسه نعم ولم يتكلم؛ فذلك جائز.

وفيها: من كتب وصيته، فليقدم ذكرًا لتشهد.

الشَّيخ: روى ابن القاسم في العتبيَّة، والموازيَّة والمجموعة قال: من أدركت يكتبون التشهد قبل ذكر الوصية، وما زال ذلك من سنن الناس بالمدينة، وإنه ليعجبني وأراه حسنًا، ورواه أشهب.

---

(1) قال الرَّصاع: هذا ظاهر، وتأمل هذا مع ما قدم في رسمه كثيرًا من الصيغ ففيه أبحاث، والله أعلم وبه التوفيق.
ونقل عن ابن شاس أنه قال: كل لفظ فهم منه قصد الوصيَّة بالوضع أو القرينة، ونقل عن ابن الحاجب أنه قال: كل لفظ أو إشارة يفهم منهما قصد الوصية.
قال الشَّيخ بعد ذلك: فيخرج عنهما الكتب، ثم ذكر ما يشهد لصحة الكتب من الموازيَّة وغيرها انظره.

(2) سبق تخريجه.

وقال أشهب في المجموعة: كل ذلك لا بأس به تشهدوا لم يتشهد، قد تشهد من فقهاء صالحون، وترك ذلك بعض الناس وذلك قليل.

وفيها: قال ابن القاسم: لم يذكر لنا مالك كيفية التشهد.

الباجي عن أنس: كانوا يوصون أنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا عبده ورسوله، وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله، وأن يصلحوا ذات بينهم إن كانوا مؤمنين، وأوصى بما أوصى به إبراهيم بنيه يعقوب: ﴿يَٰبَنِيَّ إِنَّ ٱللَّهَ ٱصۡطَفَىٰ لَكُمُ ٱلدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ﴾ [البقرة: 132]، وأوصى إن مات من مرضه هذا.

وروى أشهب: أن رجلًا كتب في ذلك: أؤمن بالقدر كله خيره وشره، حلوه ومره، قال: ما أرى إلا كتب الصفرية والإباضية، قد كتب من مضى وصاياهم فلم يكتبوا مثل هذا.

قُلتُ: ومثله في سماع ابن القاسم.

ابن رُشْد: هذا أبين؛ لأن الرشد في الاتباع، ويكره في الأمور كلها الابتداع، فلن يأتي آخر هذه الأمة بأهدى مما كان عليه أولها.

الباجي: من كتب وصيته بيده فوجدت في تركته، وعرف أنها خطه بشهادة عدلين لم يثبت شيئًا منها، حتى شهد عليه قد يكتب ولا يعزم، رواه ابن القاسم في المجموعة، والعتبيَّة.

محمد عن أشهب: من قرأها ولم يأمرهم بالشهادة، فليس بشيء حتى يقول: إنها وصيتي، وأن ما فيها حق، وإن لم يقرأها. كذا نقلها الباجي وتبعه ابن شاس، وابن الحاجب ولم يذكروا لفظ: إنه أتى بها إلى الشهود، وكذا في النوادر.

وقال الصقلي في الموازيَّة من الوصايا الأول: وإذا أتى إلى الشهود بوصية، وقرأها عليهم إلى آخرها؛ فلا تنفذ إلا أن يقول: اشهدوا علي بما فيها، ولم يجعل إتيانه إليهم وقراءتها عليهم بنفسه مما ينفذها.

وذكرها الشَّيخ أبو محمد في نوادره من المجموعة، والعتبيَّة، وأنها لا تنفذ حتى يقول: اشهدوا علي بما فيها، ولم يذكر فيها خلافًا.

وفي الطرر لابن عات عن ابن عبد الغفور: أن امرأة أوصت لقوم وأشهدت رجالًا ولم تكتب، وعاشت نحو الخمسين سنة، ثم مرضت فأوصت بثلثها كله لمسجد بعينه فماتت، قيل: وصيتها الأولى لا تجوز إذ لم تكتب بها كتابًا، وقيل: جائزة ويتحاصان، فقيل: لي في النوم كل وصيَّة لم تكتب جائزة كما تجوز الأخرى.

وفيها قال مالك: وإن كتبها بغير محضر البينة، ولا قرأها عليهم فدفعها إليهم وأشهدهم على ما فيه، فإن عرفوا لكتاب لعينه وأشهدوا بما فيه.

قال عنه ابن وَهْب: ولو طبع عليها ودفعها إليهم، وأشهدوا أن ما فيها منه، وأمرهم أن لا يفضوا خاتمه حتى يموت؛ جاز أن يشهدوا بما فيها بعد موته.

عياض: ظاهره أنها بقيت عندهم، فإن كان كذا فهو وفاق بين الروايتين، وقيل: يحتمل الخلاف، وأنه إنما يجيزها في رواية ابن وَهْب إذا طبع عليها، ويكون معنى الأخرى أنه دفعها إليهم للإشهاد وأمسكها عنده، فيجوز في رواية ابن القاسم إذا عرفها، ولا تجوز في رواية ابن وَهْب حتى تكون عندهم مطبوعة، كأنه خشي الزيادة والتغيير فيها.

وسمع أشهب: من أتاه أخ له بكتاب وصيَّة طبع عليها، فقال: اكتب شهادتك بأسفله على إقراري، أنه كتابي ولا يعلم الشاهد ما فيها، فكتب شهادته في أسفلها عن إقراره أنها وصيته أيشهد بها؟ قال: إن لم يشك في خاتمه فليشهد، وإن شك فلا يشهد إذا كانت الوصيَّة ليست عنده.

قُلتُ: كيف لا يشك في الخاتم إذا غاب عنه، قال: لا أدري إن شك؛ لم يشهد، وإن تيقن أنه لم يفض؛ شهد، وكان من أمر الناس القديم إجازة الخاتم.

كان القاضي يكتب للرجل بالكتاب إلى القاضي، فما يزيد على خاتمه فجاز له، حتى حدث عند الناس الاتهام على خاتم القاضي، وأول من أحدثه أمير المؤمنين وأهل بيته.

ابن رُشْد: ما ذكره من التيقن، ما لا سبيل إلى الشاهد إلى تيقنه إذا لم تكن الوصيَّة عنده، فعلى قوله: لا يجوز أن يشهدوا فيها، إلا أن تكون الوصيَّة عندهم على رواية ابن وَهْب في المدَوَّنة.

وإذا دفعها إليهم فدفعوها هم إلى أحدهم، أو إلى من وثقوا به غيرهم فكانت عنده؛ جاز لهم أن يشهدوا عليها، رواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن الماجِشُون.

والذي يتوقع إذا أمسكها ولم يدفعها إليهم أن يكون طبع عليها وهي بيضاء ليكتب ما شاء؛ ولعل غيره من أهله فض خاتمه، وكتب فيها ما شاء، ثم طبع عليها بذلك الخاتم، فلو طبع الشهود عليها مع طابعه؛ جاز لهم أن يشهدوا عليها إذا عرفوا خواتمهم، قاله ابن الماجِشُون.

والذي مضى عليه العمل أنه: إذا طوى الكتاب من أوله إلى موضع الإشهاد على نفسه، فطبعه وقد أبقى الإشهاد على نفسه خارج الطبع، وكتب الشهود شهادتهم على ذلك، وأمسك الموصي الوصيَّة عند نفسه، فوجدت بعد موته خطًّا واحدًا، وعملًا واحدًا على صفة التقييد الذي كان خارج الطبع، ولم يظهر في الكتاب ريبة؛ جاز أن يشهدوا عليه، بخلاف أن لم يبق من الكتاب خارج الطبع ما يستدل به على أن الوصيَّة كانت مكتوبة ولم تكن مطبوعة على بياض.

ولو أراهم الوصيَّة مكتوبة أو كتبها بمحضرهم فطبع عليها، وأشهدهم على نفسه بما فيها دون أن يقرأها عليهم، ولم يعلمهم بشيء مما فيها، فكتبوا شهادتهم فيها، جاز أن يشهدوا عليها بعد موته.

وإن لم يدفعها إليهم، وكانت عنده إلى أن توفي اتفاقًا إذا ذكروا الشهادة وعرفوا الكتاب على ما رواه ابن القاسم في الوصايا الأول من المدَوَّنة: وإن لم يذكروا الشهادة ولا عرفوا الكتاب، إلا أنه عرف خطه في شهادته، فيجري ذلك على الخلاف في شهادة الشاهد على خطه إذا لم يذكر الشهادة.

وذكر البخاري عن الحسن وأبي قلابة أنهما كرها أن يشهد على وصيته حتى يعلم ما فيها، إذ لعل فيها جورًا.

وكذا يستحب للعالم إذا أشهده المتعاملان على أنفسهما في ذكر حق، ألا يكتب شهادته حتى يقرأه لئلا تكون المعاملة فاسدة، وقوله: أول من أحدثه أمير المؤمنين؛ يريد: بني العباس.

وفي البخاري: أول من سأل البينة على كتاب القاضي ابن أبي ليلى، وسوار بن عبد الله المقري.

قُلتُ: وتقدم هذا في حكم ثبوت كتاب القاضي.

وقول الباجي: إنه لا يلزم الشاهد قراءة الوثيقة إلا في الاسترعاء.

وفي سماع أَصْبَغ: قال ابن وَهْب في امرأة قالت لشهود: هذه وصيتي وهي مطبوعة اشهدوا علي بما فيها لي وعلي، وأسندتها إلى عمتي وما بقي من ثلثي فلعمتي، وماتت ففتح الكتاب فإذا فيه: ما بقي من ثلثي لليتامى والمساكين والأرامل، فإنه يقسم بقية الثلث بين العمة والأصناف الآخرين نصفين بمنزلة رجلين. وقاله ابن القاسم.

ابن رُشْد: هذا عزلي قول ابن القاسم في المدَوَّنة وغيرها: أن من أوصى بشيء لرجل، ثم أوصى به لغيره؛ يقتسمانه بينهما، ولا تكون وصيته الثانية ناسخة للأولى، خلاف سماع زونان لأشهب.

وفيها: من قال: كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان، فأنفذوها، وصدقوه؛ صدق ونفذ ما فيها.

وسمع ابن القاسم: من قال: كتبت وصيتي ووضعتها على يدي فلان، فأنفذوا ما فيها، فتوفي فأخرجت الوصيَّة ولا شهود فيها إلا ما شهد على قوله: إنه وضعها على يدي فلان؛ فأنفذوا ما فيها إن كان الرجل الذي ذكر أنها عنده عدلًا. أنفذ ما فيها ابن القاسم، وذلك رأي العُتْبِيّ عن سَحنون: هي جائزة، وإن لم يكن عدلًا.

ابن رُشْد: اشتراطه العدالة خلاف ظاهر المدَوَّنة، والموازيَّة فيمن قال: كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان فصدقوه، وأنفذوا ما فيها، أنه يصدق وينفذ ما فيها إذا لم يشترط في ذلك عدالة، كقول سَحنون، وقوله هو القياس.

الشَّيخ: في الموازيَّة، والمجموعة روى ابن القاسم: من قال عند موته: وصيتي عند فلان فاشهدوا على ذلك، فأخرجت بعد موته وفيها عتق، وغيره قال: هي جائزة، وأبين من ذلك أن كتب وصيتين، وجعل بيد كل واحد واحدة، فإذا أخرجاها؛ جازتا إن اتفقتا.

وفي رواية ابن وَهْب في المجموعة: في الوصيَّة الواحدة يبدأ الذي ذكر، قال مالك: تجوز في الوصايا دون العتق، ثم قال: أراها نافذة، وقاله أشهب، قوله في الوصايا: يريد في العدلين.

قُلتُ: كذا وجدته؛ يريد: في العدلين وفي فهمه نظر.

وجوازها في العتق هو الجاري، على القول بعدم شرطيته عدالة من ذكر أنها عنده، وردها فيه هو الجاري، على قول مالك وابن القاسم شرط عدالته.

وفيها: إن قال: أوصيت فلانًا بثلثي فصدقوه؛ جاز ذلك وأنفذها، قال: فإن قال: الوصي إنما أوصي بالثلث لأبي، قال أشهب: يصدق، وقال ابن القاسم: لا يصدق لقول مالك: من قال: اجعل ثلثي حيث تراه، أنه إن أعطاه لنفسه أو قرابته؛ لم يجز إلا أن يظهر لذلك وجه يظهر صوابه.

قُلتُ: مثل المسألة التي احتج بها في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم، ولم يزد فيها ابن رُشْد شيئًا، ورد قياس ابن القاسم بأن مسألة مالك صرف فيها الأمر إلى اجتهاده، فصرفه لقرينة ظاهر في منافاته نتيجة الاجتهاد، ومسألة الخلاف الأمر فيها مصروف لمجرد إخباره، وإليه أشار أشهب بقوله: لأن الميت أمر بتصديقه.

الصقلي في المجموعة والموازيَّة: وليس كمن شهد لابنه ولا من قيل له: اجعل ثلثي حيث ترى، فيجعله لابنه؛ ليس له ذلك؛ لأنه فوض إليه ليجتهد، ولو أعطاه لابنه وأقاربه كما يعطي الناس؛ جاز.

وأكره أن يأخذ منه شيئًا لنفسه، فإن فعل بحسب استحقاقه لم آخذه منه، وقاله ابن القاسم، وقال: إن قال: أوصي به لولدي جعلته كشاهد له، وكقول مالك: إذا قال: فلان يجعل ثلثي حيث يراه.

محمد: قال مالك: في هذا لا يأخذ هذا منه، وإن كان محتاجًا، وإن أعطى منه ولده، وكان لذلك موضعًا؛ جاز.

وسمع ابن القاسم: من أوصت امرأة تجعل بقية ثلثها حيث أراها الله، فكانت تقسمه ثم احتاجت؛ لم يكن لها أخذ شيء منه.

ابن رُشْد: إن رأت تفرقته في الفقراء، ثم افتقرت يخرج جواز أخذها منه.

على سماع ابن القاسم في رسم البر من كتاب البضائع: من خرج غازيًا، ودفع له ما يفرقه على كل منقطع، فانقطع هو كغيره؛ له أن يأخذ منه بالمعروف مثل ما يعطي من هو مثله، ولو رأت الموصى لها تفرقته في غير الصدقة، أو على من ليس مثلها؛ لم يجز لها أخذ شيء منه.

قال: والقولان جاريان على اختلاف الأصوليين، في المأمور بأمر شرعي، هل يدخل تحت الأمر أو لا؟

لابن عبدوس: وروى علي فيمن أوصى أن يجعل ثلثه حيث أراه الله: لا يجوز أن يعطي ذلك أقارب الميت؛ ولكن يعطيهم كما يعطي الناس. قال مالك: وإن علم حيث أوصاه، يجعل ثلثه حيث أراه الله، أنه أراد أن يرده على بعض الورثة؛ لم يجز، ورجع كله ميراثًا.

وروى ابن القاسم في العتبيَّة والموازيَّة في قوله: يجعله حيث أراه الله، قال: يجعله في سبيل الخير، وإن قال: اصرف حيث شئت وأحببت وصرف إلى أقارب الموصي، أو إخوته، ولم يجز ذلك الورثة؛ رد ميراثًا، وقال ابن القاسم في العتبيَّة: إن جعلها في بعض ورثة الميت؛ قيل: له اتق الله، واجعلها في غيرهم، فإن أبى؛ رجعت ميراثًا، إن لم يجزها الورثة، وليس للموصي أن يأكل منها شيئًا، ولا يجبره السلطان أن يجعلها في سبيل الله تعالى.

قال في الموازيَّة: وينظر فيما فعل، فإن كان فيما يتقرب الناس به، وكان ذلك حاجة؛ نفذ، إن كان في غير ذي حاجة؛ لم يجز؛ لأن الميت إنما قصد به وجه الصدقات.

قُلتُ: قول ابن القاسم في العتبيَّة هو في أول رسم من سماعه.

ابن رُشْد: إن قال له: اجعله حيث أراك الله، لم يجعله لاختياره؛ بل لاجتهاده في سبيل الخير، وليس له جعله في قرابته.

قاله في رسم الشريكين والمدَوَّنة: ولو قال له: اجعله حيث شئت أو أحببت كان له جعله في ولده، وقرابته وقرابة الموصي الذين لا يرثونه؛ لأنه يتهم أن يكون الميت أمره

بذلك؛ فتكون وصيَّة لوارث، ولا يجعله في ورثة الموصي إلا بإجازة الورثة.

وقول ابن القاسم: إن جعلها في بعض ورثة الميت، قيل له: اتق الله واجعلها في غيرهم؛ معناه: ما لم يبتل ذلك لهم، فإن بتله ولم يجزه الورثة كانت ميراثًا.

قُلتُ: ظاهر حملها الشَّيخ على إطلاقه خلافه.

وفيها: من قال: اشهدوا أن فلانًا وصيي ولم يزد فهو وصيه في جميع الأشياء، وإنكاح صغار بنيه، ومن بلغ من أبكار بناته، بإذنهن والثيب بإذنها.

اللخمي: في الموازيَّة: من قال: فلان وصيي قد استقصى له وبالغ، وإن قال وصيي على مالي، دخل فيه الولد وإن قال: على ولدي دخل فيه المال، ويدخل في قوله ولدي الذكور والإناث، وكذا على بني إلا أن يخص فيقول: الذكور أو بناتي.

وفيها: إن قال فلان وصيي على اقتضاء ديني، أو قضائه، وفلان وصيي على مالي، وفلان وصيي على بعض بناتي؛ فذلك جائز، وتكون كما قال: فلان وصيي على كذا لشيء عينه، فإنما هو وصيي على ما سمى فقط.

ونقل ابن العربي في بعض كتبه الخلافية: أن يكون وصيًّا له على العموم، كقول أبي حنيفة، ونقله الطرطوشي في تعليقته رواية، وفيها: إن قال فلان وصيي حتى يقدم فلان؛ فيكون وصيًّا، فذلك جائز ويكون كما قال الصقلي: ينبغي إن مات فلان قبل أن يقدم أن يكون هذا وصيًّا؛ لأنه إنما خلع هذا بقدوم الغائب.

قال بعض الفقهاء: فلو قدم فامتنع، فالظاهر سقوط الأول أيضًا؛ لأنه علق نظره بغيبة فلان إلا أن يكون المفهوم عنه إذا جاء فقيل: يكون الوصي، فإذا قدم ولم يقبل وجب أن يبقى على ما كان عليه.

اللخمي: في آخر ترجمته التشهد في الوصية، قال أشهب في المجموعة: إن مات في غيبته فلا وصيَّة للحاضر، وينظر السلطان وكذا على قوله: إن قدم فلم يقبل إلا أن يكون السبب في إقامة الغائب، امتناع الحاضر من قبول الوصيَّة فقيل له: تكلف ذلك حتى يقدم فلان، فإن كان ذلك السبب؛ جاز أن يتمادى في جميع هذه الوجوه، إن أحب وإن كره؛ لم يلزمه؛ لأنه إنما التزم وقتًا.

قال ابن عبد السلام في النوادر: من حلف أن لا يفعل كذا حتى يقدم فلان، فمات فلان قبل قدومه؛ ما يؤخذ منه قولان، هل يحمل على أجل قدومه، وينوى في ذلك؟ أو لا يفعله أصلا؟ فانظر هل يتخرج منه في الفرع الأول شيء أم لا.

قُلتُ: المماثل لاعتبار النيَّة في اليمين اعتبار نيَّة الموصي، ونيَّة الموصي إذا ثبتت بما يثبت به نيَّة الحالف، لم يختلف في أعمال نيَّة الموصي فلا يتخرج فيها الخلاف من عدم اعتبار نيَّة الحالف فلا يتم ما ذكره من التخريج، فتأمله.

وفيها: إن قال: فلان وصي على قبض ديوني وبيع تركتي، ولم يذكر غير هذا؛ قال مالك: أحب إلي أن لا يزوج بناته حتى يرفع إلى السلطان، فإن لم يرفع رجوت أن يجوز.

الصقلي: قال محمد وقال أشهب: له أن يزوج ولا يرفع ذلك إلى السلطان، وقاله ابن القاسم، وروى ابن القاسم فيمن أوصى بميراث ابنة له صغيرة أن يدفع إلى فلان، أترى أن يلي بعضها؟ قال نعم، وحسن أن لو رفع ذلك إلى الإمام فنظر فيه.

اللخمي: إن جعل الوصيَّة إلى ثلاثة لأحدهم اقتضاء الدين وقضاء ما عليه، ولآخر النظر في الفاضل والتصرف فيه بالبيع والشراء، وللآخر بضع بناته؛ جاز، وليس لأحدهم أن يلي غير ما جعل له، فإن تعدى من له النظر في الفاضل فاقتضى أو قضى؛ مضى فعله ولم يرد، وإن باع أو اشترى من جعل له النكاح؛ رد فعله، وإن زوج من له النظر في المال؛ رد فعله؛ لأنه معزول عن ذلك، وقد أقيم له غيره، وليس كقوله: فلان وصيي على قضاء ديني وبيع تركتي، وسكت عن بناته، ولم يقم لهن أحدًا.

قال مالك: إن زوج من جعل له النظر في التركة أرجو أن يكون جائزًا، واستحب أن يرفع إلى السلطان لينظر هل عليها في ذلك ضررًا، أو بخس في الصداق.

وقال أشهب: النكاح جائز وقول مالك أحسن، وفي وصاياها الأول والثاني: وإذا مات الموصى له بعد موت الموصي؛ فالوصيَّة لورثة الموصى له علم بها أو لا، ولهم إلا أن يقبلوها كشفعة له، أو خيار.

عياض: هذا بين من مذهبه في الكتاب، فلا يحتاج لقبول الموصى له قبل موته، ولا علمه، وإن قبلوها حتى تورث عنه.

وذكر الأبهري أنها تحتاج لقبول الموصى له، وإنما يكون لورثته إذا قبلها، ومتى لم يقبل سقط حقهم فيها، ورجعت لورثة الموصي، وقيل: إنها حق ثبت للميت يورث عنه على كل حال وليس لورثته رده، ولا يحتاجون لقبول.

قُلتُ: فهي ثلاثة أقوال:

في المَدَوَّنة كشفعة أو خيار، يدل على جري المسألة على الخلاف المشهور في الخيار إذا أمضي، هل يعد ممضى من يوم وقع، أومن يوم أمضي الفعل؟

وذكر عبد الوهاب قول الأبهري، واختار مذهب المَدَوَّنة، وقرر ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب بكلام يقتضي عدم اطلاعه على القول الثالث الذي حكاه عياض، وأنه لا وجود له في المذهب مطلقًا، ثم ذكر أنه رآه في بعض كتب الحنفية عن زفر قال: وهو بعيد ولا يخفى أن عدم الاطلاع على نقل التنبيهات قصور نصوص المَدَوَّنة، وغيرها واضحة بأن الوصيَّة لغير معين لا يتوقف ثبوتها على قبول.

ولما ذكر ابن شاس القولين الأولين قال: على هذا الخلاف تتخرج أحكام الملك؛ كصدقة الفطر إذا وجبت بعد الموت، وقبل القبول.

وكما إذا أوصى له بزوجته الأمة فأولدها، ثم علم فقيل: هل تصير الأمة أم ولد للموصى له بذلك أو لا، وكذا حكم ما أفادته الأمة والعبد بعد الموت من مال، وحكم الولد المستحدث بين الموت والقبول، وحكم ثمرة النخل والبساتين الحادثة بين الزمانين.

قُلتُ: وكذا أرش الجناية عليه بين الزمانين.

[باب في وقت اعتبار الثلث في التركة من الوصية]

وفيها: ما أثمرت النخل بعد موت الموصي وقبل النظر في الثلث؛ فالثمرة للموصى له لا تقوم مع الأصل، إنما يقوم مع الأصل بعد موت الموصي الولادة وشبهها.

وكذا المدبر والمبتل في المرض كالموصى به، وإنما يقوم معهم ما مات السيد وهو

بأيديهم، أو ما ربحوا فيه، وليس لهم أن يتجروا فيه.

وكذا قال سَحنون، وقال غير هذا، وهو قول أكثر الرواة: إن ما اجتمع في الإيقاف في المدبر، والموصى به لرجل أو للعتق من عمل بر أو هبة أو غيرها من الفوائد، فإن ذلك يقوم في الثلث معهم خلا أرش جناية على المدبر فذلك لسيده، كبعض تركته وكذا المبتل في المرض، وثمرة الجنة الموصى بها لرجل، فإن حمل الثلث نصف ما ذكرنا؛ وقف المال بأيدي العبيد، ويكون للموصى له بالجنة نصف النخل، ونصف الثمرة.

سَحنون: هذا أعدل أقوال أصحابنا.

التونسي: اختلف في مال العبد الموصى به لرجل، فالصواب أنه لا يتبعه، وقيل: يتبعه، قال: والأشبه تقويم الأصول بغلاتها، كنماء العبد، وكذا ولد الأمة لم يذكر فيه خلافًا أنه يقوم معها، وانظر على عدم تقويم الغلة مع الأصول، وقد أتفق عليها من مال الميت. هل يرجع بذلك على الموصى له بالأصول وكذا الجنان؟ إذا خرج من الثلث لم يزل ملكًا للموصى له، فيجب عليه نفقته، وعلى هذا إن خرج نصفه من الثلث؛ يرجع عليه بنصف النفقة، ولا يكثر مال الميت بنصف الغلة التي أخذ الورثة؛ لأن الموصى له أخذ مثلها وكانوا كشركاء في الجنان، وعلى تقويم الغلة بالنفقة في مال الميت لانتفاعه بالغلة في تكثير ماله فأشبه أجره الإتيان بالعبد الموصى بعتقه لموضع تقويمه؛ إذ لا قيمة له في الموضع الذي هو به.

قال: ولو قتل العبد الموصى به، فلورثة سيده كما لو أوصى بعتقه؛ لكانت قيمته لورثة سيده، والأشبه أن يكون ذلك للموصى له كما لو وهب عبدًا فقيل: بعتقه؛ لكانت قيمته للموهوب له، بخلاف الموصى بعتقه قيمته لورثته إذ لم تتم حريته.

وفي أول عتقها الأول: من أوصى بعتق عبده فلم يقبل؛ فلا قول له ويعتق إن حمله الثلث، أو ما حمل منه، وإن أوصى ببيع جاريته ممن يعتقها فأبت، فإن كانت من جواري الوطء؛ فذلك لها، وإلا بيعت ممن يعتقها، وقيل: لا يلتفت إلى قولها وتباع للعتق إلا أن يوجد من يشتريها بوضيعة ثلث الثمن إن كان الثلث يحملها، هذا لفظ المدَوَّنة.

اللخمي: قال مالك: إن قال: اعتقوها؛ لم يكن ذلك لها، وإن قال: بيعوها ممن

يعتقها؛ كان ذلك لها، وإن قال: اعتقوها كقوله: بيعوها ممن يعتقها وهو أبين؛ لأن العتق لم ينفذ بعد، والضرر في الموضعين سواء.

الصقلي عن أشهب: إن أوصى أن تباع للعتق إضرارًا بها؛ لعصيانها إياه، والبقاء أفضل لها؛ لأن تتخذ للولد، وإن عتقت لم يتزوجها إلا الأوباش؛ فلها أن تأبى، وإن كانت من الوخش؛ بيعت للعتق، وإن كرهت.

اللخمي: فإن قال: خيروها في العتق والبيع؛ خيرت، فإن اختارت أحد الأمرين، ثم انتقلت إلى الآخر؛ فقال ابن القاسم: ذلك لها ما لم ينفذ فيها ما اختارته أولا، ويكون ذلك بتوقيف من سلطان أو قاض.

وقال أَصْبَغ في الثمانية: إذ أشهد على اختيارها أحد الوجهين، فلا رجوع لها عنه، وهو أبين.

قال مالك: وإن أعتقها الورثة، قبل أن تخير؛ لم يكن ذلك لهم، وكذا إن قال: بيعوها ممن أحبت فأعتقوها، وأحبت البيع؛ رد عتقها.

الصقلي لأبي زيد عن ابن القاسم: إن اختارت أحد الوجهين؛ فلها الرجوع، ما لم يوقفها قاض أو سلطان، أو تشهد بينة بها اختارت، وكذا إن سألها الشهود في رأيها في نفسها ولم يوقفوها للاختيار في أمرها، فهو كوقوفهم إياه لقطع ما بيدها.

قال عنه عيسى وابن عبدوس: إن اختارت البيع فبيعت، ثم ردت بعيب فأرادت العتق؛ فليس لها ذلك.

الموصي إن كان بالنظر لمحجور اختص بالأب الرشيد، والوصي والحاكم فيها مع غيرها: صحت وصيَّة الأب إلى غيره بصغار بنيه وأبكار بناته.

وإن مات الوصي فأوصى غيره، جاز ذلك وكان وصي الوصي، مكان الوصي في النكاح وغيره، بخلاف مقدم القاضي، وقيل مثله، وأخذ من قولها في إرخاء الستور: وإن لم يكن لليتيم الطفل وصي، فأقام له القاضي خليفة؛ كان كالموصي في جميع أمره.

وفيها: لا تجوز وصيَّة الجد بولد الولد، والأخ بأخ له صغير، وإن لم يكن لهم أب، ولا وصي وإن قل المال بخلاف الأم.

اللخمي: قال ابن القاسم في كتاب القسم: من أوصى لأخيه بمال وهو في حجره، لم يقاسم له ولم يبع.

وأجاز ذلك أشهب في مدونتة فعلى قوله: تجوز وصيته بما يرث عنه، إن لم يكن له وصي، وكل هذا فيما صار له من مال بميراث وما تطوع به الميت فالوصيَّة به تجوز؛ لأنه متطوع، وأن يكون القابض له من رضيه الميت.

وإن كان للموصى عليه أب، أو وصي؛ لأنه متطوع، فإذا قال: يكون ذلك موقوفًا على يدي فلان حتى يرشد، أو قال: يدفع إلى الموصى عليه، فيتسع به في ملبس أو مطعم لم يكن لأبيه ولا لوصيه قبض ذلك، ولا يحجر عليه فيه؛ لأنها هبة من الموصي على صفة.

وأجاز ابن القاسم للملتقط اللقيط أن يقبض ما أوصي له به، ويقاسم له، ومنعه في الأخ، وإن كان في حجر أخيه والأخ أولى؛ لأنه جمع القيام به والنسب.

وفيها: لا يجوز إيصاء الأم بمال ولدها الصغير، إلا أن يكون وصيًّا من قبل أبيه، وإلا لم يجز إذا كان المال كثيرًا وينظر فيه الإمام، وإن كان يسيرًا نحو الستين دينارًا؛ جاز إسنادها فيه إلى العدل، فيمن لا أب له ولا وصي فيما تركت له.

وقال غيره: لا يجوز لها أن توصي بمال ولدها.

قال ابن القاسم في كتاب القسم: وإجازة مالك ذلك استحسان ليس بقياس، وإن كان الإيصاء بغير ذلك من قضاء دين أو تفريق ثلث؛ جاز من كل ماله، فيها للمرأة أن توصي في مالها بإنفاذ وصاياها وقضاء دينها.

وفيها: إن أوصى ذمي إلى مسلم فإن لم يكن في تركته خمر أو خنازير ولم يخف أن يلزم الجزية؛ فلا بأس بذلك.

الصقلي لمحمد عن أشهب: أنا أكرهه خوف أن يلزم الجزية، وليس ببين في الكراهة، ولو قبل لجاز ولزمته إن كان فيها خمر أوخنازير، فتكون الوصيَّة فيما سوى الخمر والخنازير.

ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: والذمي يوصي إلى الذمي وفي التركة خمرا أو

خنازير أو غيره مما مما يستحلونه، فلا أمنعهم قسمته بينهم، قال أشهب: لو أوصى ذمي إلى حربي؛ لم يجز وإن كان مستأمنًا.

وإن أوصى الحربي المستأمن إلى ذمي؛ جاز، وتجوز وصيَّة الحربي إلى المسلم.

[باب في شروط الوصي]

ابن شاس: وشرط الوصي التكليف، والإسلام والعدالة والكفاية والهداية في التصرف[1].

الشَّيخ: قال ابن الموَّاز وابن عبدوس: قال أشهب وابن القاسم: لا يجوز أن يوصي إلى صبي أو ضعيف أو معتوه، قال: روى محمد: ولا تجوز إلى ذمي ولا إلى حربي؛ يريد: مستأمنًا، وقاله ابن القاسم وأشهب.

وقال ابن القاسم في بعض مجالسه: إلا أن يرى الإمام لذلك وجهًا، فإن رآه فلا يلي

---

(1) قال الرَّصاع: (التكليف) فلا يجوز أن يكون الوصي غير بالغ ولا مجنون.

وقوله: (مسلم) فلا يجوز أن يكون ذميًا ولا حربيًا مستأمنًا.

(فإن قلت): وقع لابن القاسم إلا أن يرى الإمام ذلك نظرًا.

(قلت): المراد بها ذكر الشرط ابتداء، وفيه نظر.

(فإن قلت): وهل فيه خلاف في المذهب.

(قلت): الشَّيخ هنا وهم ابن الحاجب وابن عبد السلام في نقلهما، وإنما الخلاف عند ابن رُشْد في الوصيَّة للكافر بالمال لا في كونه وصيًا.

وقوله: العدالة؛ لا يجوز للوصي أن يكون غير عدل.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: المراد هنا بالعدالة الستر، لا العدالة المشترطة في الشهادة، ثم ذكر ما يدل على ذلك، وانظر ما ذكر عن ابن حارث.

(فإن قلت): إذا ثبت أنه غير عدل، فهل يعزله السلطان أو يقدم معه.

(قلت): فيه خلاف مشهور انظره.

قوله: (والكفاية) أخرج به العاجز.

فإن ثبت عجزه عزل، كذا ذكر اللخمي.

قوله: (والهداية في التصرف) أخرج به السفيه، وهو ظاهر، والله أعلم.

عقد نكاح البنات وليوكل بذلك مسلمًا.

ولابن حبيب عن أَصْبَغ عن ابن القاسم في وصيَّة المسلم إلى النصراني أو إلى غير عدل: أرى أن تفسخ إلا أن يكون مولاه أو قريبه، أو زوجته أو من رجي منه حسن النظر لزوجته من أقاربه أو ولاته، فأرى أن يجعل معه غيره، ويكون المال بيد المجعول معه، ولا يفسخ وصيَّة الآخر، وقاله مُطَرِّف، وبه قول ابن الحاجب إثر قوله: شرطه التكليف، والإسلام والعدالة، والكفاية، وكان أجازها قبل للكافر وقال مرة: إن كان كالأخ والأب والخال والزوجة فلا بأس.

قال ابن عبد السلام: لما صرح أولًا باعتبار وصف الإسلام في شرط الوصي، كان مجموع ما صرح به أولًا وأخيرًا ثلاثة أقوال، وهي المنقولة في المذهب والمشهور ما صرح به أولًا، وأنه إن أوصى إلى كافر عزل عن النظر.

قُلتُ: وكذا الشَّيخ إنما ذكر المسألة في ترجمة الوصيَّة إليه.

وفي رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم قال: كره مالك الوصيَّة لليهودي والنصراني، قال: وكان قبل ذلك يجيزه.

قال ابن القاسم: لا بأس به إن كان على وجه الصلة مثل أن يكون أبوه نصرانيًّا، أو يهوديًّا، أو أخوه، أو أخته؛ فليصلهم وأراه حسنا، وما غير هؤلاء فلا.

وفي رواية عيسى عنه: أما مثل أمه وأبيه وإخوته وشبههم من القرابة، ولا يعجبني في الأباعد، وليعطف به على المسلمين.

ابن رُشْد: رأى الوصيَّة للمسلمين الأجانب أفضل منها لقرابته الذميين، وقوله: وكان قبل ذلك يجيزه؛ معناه: بغير كراهة لأجل صلة الرحم، وهي رواية ابن وَهْب واحتج بالحلة التي كساها عمر أخا له مشركًا بمكة.

وقول ابن القاسم: وأراه حسنًا قول ثالث، وهو أنه رأى الأجر في الوصيَّة لصلة الرحم، وإن كانوا ذميين أكثر من الأجر في المسلمين الأجانب، وأما للأجانب من الذميين؛ فلا خلاف في كراهتها لهم، والكراهة إنما تتعلق بإيثار الذميين على المسلمين، لا بنفس الوصيَّة للذميين؛ لأن في ذلك أجرا على كل حال.

روى ابن وَهْب: من نذر صدقة على كافر؛ لزمه.

وقال تعالى: ﴿وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ [الإنسان: 8].

والأسير: الكافر.

قُلتُ: مجمل ابن رُشْد المسألة على الوصيَّة للكافر بالمال على الإيصاء إليه بالنظر للمحجور، وهو نص الرواية، خلاف ظاهر كلام ابن الحاجب، وسياق كلام الشَّيخ في نوادره واللخمي في تبصرته ومثله المتيطي.

ونص ابن عبد السلام: وحقه أن يبين ما قاله ابن رُشْد، وفي ترجمته منها، قال مالك: لا تجوز الوصيَّة إلى غير عدل، وفي ترجمة أخرى ولا تجوز إلى مسخوط.

قُلتُ: ومرادهم بالعدالة في هذا الفصل، الستر لا الصفة المشترطة في الشهادة فذكره اللفظين في موضعين، يسهل تفسير غير العدل بالمسخوط لا بما هو أعم منه، ومن المستور فيدخل المستور في المنع.

واختصار البرادعي ذلك بقوله: لا تجوز إلى ذمي أو مسخوط ومن ليس بعدل خلاف ذلك؛ لأن عطفه غير عدل على المسخوط ظاهر في أنه غيره فيدخل المستور.

الشَّيخ لمحمد عن ابن القاسم، وأشهب: من أوصى إلى محدود في قذف؛ فذلك جائز، إذا كان منه فلتة أو حالة ترضى، وإن لم يتزيد؛ حسن حال إذا كان يوم حد غير مسخوط.

وأما من حد في زنا أو سرقة أو خمر، فلا يقع في مثل هذا من له ورع؛ فلا تجوز الوصيَّة إليه.

ابن حارث: اتفق مالك والرواة من أصحابه أنه لا تجوز الوصيَّة إلا إلى العدل، واختلفوا في تفسيره.

فقال بعض أهل العلم: إن ثبتت جرحته عند الحاكم عزل إن كان الميت لم يعرف أنه بتلك الصفة، وإن علمه بها وقصده لقرابته ولصداقته شرك السلطان معه من ينظر ولا يعزله بالكلية.

وفي طرر ابن عات: المشاور إن أوصى بتنفيذ ثلثه إلى سارق أو فاسق؛ فليس

للسلطان عزله لأن يوصي به حيث شاء، ويلزمه الإشهاد على تنفيذ ذلك لئلا يأخذه لنفسه.

وفيها: أرأيت إن كان الوصي خبيثًا أيعزل عن الوصية؟ قال: قال مالك: نعم ليس للميت أن يوصي بها غيره، وهم ورثته إلى من ليس بعدل.

المتيطي: قال محمد: وقاله مالك وأصحابه، وقال المخزومي: لا يعزله، ويشرك معه غيره، وحكاه أحمد بن بشير عن مالك قال: وأنا لا أرى للشريك وجهًا، ويعزله السلطان، ويقدم من يراه لذلك أهلًا.

أَصْبَغ: إلا أن يكون هذا الوصي الذي ليس بعدل؛ مثل القريب، والمولى، والزوجة، ومن يرى منه حسن النظر لقرابته، أو لولايته وشبه ذلك، فأرى أن يجعل معه غيره يكون المال بيده، ولا يفسخ الآخر، وقاله مُطَرِّف، وابن الماجِشُون، وذكر أبو إبراهيم قول المغيرة، وقول سَحنون: لا أقول به وأرى أن يعزل، نص عليه ابن الهندي، ومذهب المخزومي يقتضي إذا كان وصيان أحدهما عدل والثاني مسخوط أنه لا يعزل المسخوط، وكذا يظهر من كتاب الوديعة، فتأمله.

قُلتُ: هو دليل قولها في الوديعة، وإذا لم يكن في الوصيين عدل خلعهما السلطان، وجعل المال عند غيرهما، وقد يعارض هذا المفهوم بظاهر قوله: خلعهما ولم يقل أشرك معهما ثالثًا.

قُلتُ: ففي عزله بسخطته وبقائه مع شريك غيره، ثالثها: هذا إن علم الموصي سخطته، ورابعها: هذا إن كان قريبًا أو مواليًا، وشبهه لمعروف المذهب، والمغيرة.

ونقل ابن حارث وأَصْبَغ مع الأخوين، وتقدم قول ابن القاسم وأشهب: لا تجوز إلى ضعيف.

اللخمي: عجز الوصي إن كان لبله أو قلة ضبط أو تفريط عزل، وإن كان لكثرة المال قوي بآخر.

وفيها: من أسند وصيته إلى عبده أو مكاتبه؛ جاز ذلك، ومثله في رسم الوصايا من سماع أشهب.

ابن رُشْد: هذا صحيح على قول ابن القاسم، وروايته في المدَوَّنة: فإن كان فيهم أكابر نظر الأصاغر في الأيام التي لهم إلا أن يدعو الأكابر إلى البيع.

وقال سَحنون في المجموعة: إنما يكون ناظر الأصاغر إذا كانوا كلهم سواء فيما يتكلف لهم العبد، فيكون على قدر مواريثهم منه، وقوله صحيح؛ إذ قد يكون لأحدهم دون إخوته المال كثير قد ورثه عن أمه.

قال سَحنون: إن كان فيهم كبير هي وصيَّة لوارث إن لم يجزها الكبار؛ بطلت، وقاله عبد الملك، وقول مالك أصح إذا قلنا: إنه ينظر للأصاغر في الأيام التي لهم. وقال ابن كنانة: إن أجاز الكبار أن يلي ولا شغل له عنها؛ جاز ذلك، وإلا اشتري للأصاغر حظ الأكابر.

اللخمي: تجوز الوصيَّة للعبد إن كان مأمونًا غير عاجز كان للميت، أو لأجنبي إن رضي سيده، وسيده لا يخاف أن يغاب على ما بيد عبده.

قال أشهب: فإن ظعن به سيده أو مشتريه منه جعل السلطان وصيًّا غيره، وهذا خلاف المعروف في هذا الأصل، أن للعبد أن يقيم مقامه عند سفره أو غيره من غير حاجة إلى سلطان، ولا فرق في ذلك بين حر ولا عبد.

الشَّيخ في الموازيَّة والمجموعة: قال ابن القاسم وأشهب: إذا أوصى إلى عبد غيره؛ جاز إن أجازه سيده، ثم ليس له رجوع إلا لعذر من بيع أو سفر، ونقله منه أو من العبد إلى غير الموضع الذي الورثة فيه، فيقيم لهم الإمام غيره، وتقدم قولها المكاتب كالعبد.

وفي الموازيَّة: قال أشهب: إن أوصى إلى مكاتبه؛ جاز، ولا تقديم فيه على من بلغ ممن تولى إلا أن يعجز.

قال في المجموعة: وإن أوصى إلى أم ولده، أو مدبره، أو معتق بعضه، أو معتق إلى أجل؛ فذلك جائز.

سَحنون: لا يجوز في المعتق إلى أجل إلا أن يرضى الأكابر؛ لأنه يشتغل عن خدمتهم.

قال عبد الملك: إن أوصى إلى عبده بولده، ثم هو حر وله ورثة غير الولد، فطلبوا

الخدمة، فإن كان مثله يخدم؛ فخادموه، وإن لم يصلح للخدمة كالتاجر والأمة الفارهة، وفي الورثة كبير مثلها؛ فلا حق في الخدمة لمن ذكرنا؛ لأن هذين لم يرد منهما إلا الأمانة والتدبير والولاية.

الشَّيخ في المجموعة لأشهب: إن أوصى لمسلم أو ذمي أو إلى امرأة أو أعمى؛ فذلك جائز.

وفيها: إن كان في الورثة أكابر وأرادوا بيع نصيبهم من العبد، اشترى الأصاغر حظ الأكابر منه، إن كان لهم مال يحمل ذلك، فإن لم يحمله وأضر بهم، باع الأكابر حظهم منه فقط، إلا أن يضر بالأكابر فيأبوا فيقضى على الأصاغر بالبيع معهم.

الشَّيخ في المجموعة والموازيَّة لمالك: إن كان فيهم أكابر قوم حظهم على الأصاغر، ثم من بلغ منهم؛ قوم حظه على من بقي.

قُلتُ: مثله في رسم الوصايا من سماع أشهب فيمن كانت معهم زوجة، فأرادت بيع العبد، وقالت: ثمنه ثلاثة آلاف دينار، قال: ليس الأمر على ما قالت، ويخرج به إلى السوق، فيقوم قيمة عدل فتعطى المرأة ثمنها منه كمن أوصى بعتقه.

قُلتُ: ظاهر قول مالك وجوب تقديم حظ الأكابر، وإن لم يطلبوا ذلك، وظاهر المدَوَّنة خلافه.

ابن رُشْد في رسم الوصايا من سماع أشهب: قال أشهب: وإن استخلص الأصاغر لسعة مالهم، فكل من بلغ؛ يريد: وملك أمره اشتري حظه لمن بقي حتى يكون آخر ذلك لمن بقي مضرة لهم كثرة ثمنه، وقلة ما له من منفعته؛ فلا يقوم عليهم ويبقى بينهم، فإن شاء الأكابر البيع؛ بيع كله وأقام لهم الإمام غيره، وفيها: من أوصى إلى وصيين فليس لأحدهما بيع ولا شراء ولا نكاح ولا غيره دون صاحبه، إلا أن يوكله.

قُلتُ: سواء أوصى إليهما على سبيل المعية والشركة في زمان واحد، أو في زمنين، والأمر في هذا جلي، وكذا لو أوصى إلى أحدهما أولًا، ثم أوصى إلى الآخر، كقولها فيمن أوصى بشيء معين لزيد، ثم أوصى به لعمرو وأنه بينهما، وقولها إلا أن يوكله مثله. للشيخ عن ابن القاسم في الموازيَّة، وزاد: إلا ما لابد منه من الشيء التافه مثل الطعام

وما لابد منه مما يضر بهم تأخيره فهو خفيف إذا غاب الآخر وأبطأ.

فيها: ولا يخاصم أحد الوصيين خصمًا للميت إلا مع صاحبه، ومن ادعى على الميت دعوى وأحدهما حاضر؛ خاصمه، ويقضى له، ويكون الغائب إذا قدم على حجة الميت.

قال: وإن جاء الغائب بعد ما قضي على الحاضر فكانت له حجة؛ حملها الذي خاصم نظر القاضي في ذلك، فإن أرى ما يدفع حجة هذا المستحق؛ دفعها، ورد الحق لورثة الميت، وإن لم ير؛ أنفذه.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: فإن مات أحدهما استقل.

ابن عبد السلام: ظاهره استقلال الباقي، وهو بعيد في الفقه لا ينبغي أن يستقل، إلا أن يرى القاضي ذلك.

قُلتُ: للشيخ عن ابن القاسم في الموازيَّة: لو مات أحدهما، ولم يوص فإن كان الباقي بين العدالة والكفاية، لم يجعل معه القاضي غيره، وإن لم يكن بين العدالة، أو كان مبرزًا ويحتاج إلى معونة جعل معه غيره، وروى علي: إن مات أحدهما جعل القاضي معه غيره.

المتيطي: روى محمد: إذا عزل أحد الوصيين بجناية لم يجعل مع الآخر غيره، إلا أن يضعف، وروى علي: يجعل مع الباقي غيره، ومال إليه سَحنون، ولو قال الموصي: من مات منهما أو غاب استقل الباقي فعزل لسخطه؛ وجب على القاضي أن يشرك معه غيره، وإن لم يمت المعزول ولم يفت، قاله ابن لبابة وعبيد الله بن يحيى ومحمد بن الوليد وغيرهم.

وفيها: قال يحيى بن سعيد: إن كانا وصيين، أو ثلاثة، فأوصى أحدهم عند موته بمال أوصي إليه به من تلك الوصيَّة إلى غير شريكه في الوصية؛ جاز ذلك، وأباه سَحنون، وفي نوازل عيسى من الوكالات: وإنما يجوز ذلك للوصي أن يوكل في حياته وعند موته.

ابن رُشْد: وهو قول مالك وكل أصحابه.

ابن رُشْد: لا خلاف بينهم فيه إنما اختلفوا في الوصيين أو الأوصياء المشترك بينهم في الإيصاء، هل لأحدهم أن يوصي بما إليه من الوصيَّة أم لا؟ على ثلاثة أقوال:

الأول: أن له ذلك ولو أولى من ليس معه في الوصيَّة أتت الرواية به عن مالك، وهو ظاهر قوله في المدَوَّنة؛ لأنه أطلق القول بأن له أن يوصي، ولم يخص موضعًا، وهو ظاهر قول عيسى هذا.

والثاني: ليس له ذلك وأولى من معه في الوصية، وهو ظاهر قول سَحنون في رسم المكاتب من سماع يحيى بعد هذا.

الثالث: أنه ليس له ذلك إلا إلى شريكه في الإيصاء، وهو الذي تأوله الشُيُوخ على سَحنون في قوله في المدَوَّنة.

قُلتُ: وعزا الشَّيخ في النوادر الأول لأشهب.

اللخمي: إن مات أحدهما عن غير إيصاء فلا نظر للباقي، ونظر السلطان في إقراره وحده، أو مع آخر، وإن مات عن إيصاء إلى صاحبه، ورضي بذلك؛ جاز كإيصائه إلى غيره برضى صاحبه، وإقرار القاضي الباقي وحده؛ لا يلزمه إلا برضاه؛ لأنه يقول لم ألتزم النظر وحدي وقول يحيى بن سعيد ليس هو المذهب.

وفيها: قال ابن القاسم: إن اختلفا نظر السلطان.

اللخمي: إن خالف أحدهما الآخر فيما فعله، نظر السلطان فما رآه صوابًا أثبته وإن كره الآخر.

وفيها: ولا يقسم القاضي المال بينهما، وليكن عند أعدلهما، فإن استويا في العدالة؛ جعله عند أكفئهما، ولو اقتسما الصبيان؛ فلا يأخذ كل واحد حصة من عنده من الصبيان.

اللخمي: كل هذا استحسان، ولو جعلاه عند أدناهما عدالة؛ لم يضمنا، وروى محمد: إن اختلفوا طبعوا عليه وجعل عند غيرهم.

وقال علي بن زياد: إن تشاحوا اقتسموه، ولم ينزع منهم.

أشهب: لا يقتسمانه، فإن اقتسماه؛ لم يضمناه.

قُلتُ: وعزاه ابن رُشْد في سماع عيسى من كتاب القراض إليه، وإلى ابن عبد الحكم.

اللخمي: يريد: ويبقيان بعد القسمة في النظر على الشياع، ويدير كل واحد ما عنده، وعند صاحبه، ولا ينفرد كل واحد بالنظر، فلا ينظر الآخر معه فيما بيده.

الصقلي عن ابن الماجِشُون: إن اقتسما؛ ضمن كل واحد ما هلك بيد صاحبه بتعديه بإسلامه إليه، ونقل اللخمي عنه خلافه، قال: وقال ابن الماجِشُون: إن فعلا؛ ضمن كل واحد منهما جميع المال ما عنده؛ لاستبداده بالنظر فيه، وما عند صاحبه؛ يريد: لرفع يده عنه، وكذا الوديعة يقتسمانها.

ابن الحاجب: فإن كان في مال وضع عند أولاهما أو غيرهما، ويجتمعان عليه، فتعقب عليه ابن عبد السلام قوله: ويجتمعان، بأنه إن وضعاه بيد غيرهما باختيارهما مع وجود الصفات المعتبرة فيهما؛ وجب ضمانهما، وإن كان القاضي أخرجه عنهما؛ لم يلتفت إلى رضاهما.

قُلتُ: لعله قصد اختصار رواية محمد المتقدمة، إن اختلفوا؛ طبعوا عليه، وجعل عند غيرهم.

وفيها: إذا قبل الوصي الوصيَّة في حياة الموصي فلا رجوع له بعد موته.

محمد عن أشهب: وله الرجوع قبل موته؛ لأنه لم يغيره يقدر على الاستبدال.

ابن هشام: هو مفهوم قوله في المدَوَّنة.

محمد عن أشهب: ولو قبلها بعد موت الموصي أو جاء منه ما يدل على القبول من بيع أو اشتراء؛ لهم ما يصلحهم والاقتضاء لهم والقضاء عنهم؛ لزمته الوصية، ولو امتنع منها في حياته، وبعد موته؛ فلا قبول له بعد ذلك.

أَصْبَغ: من قدمه السلطان فقيل: فلا رد له ولو عزله من قدمه.

الصقلي: هذا خلاف ما تقدم لأشهب إذا قبل في حياته؛ فله الرجوع قبل موته.

وفي المعونة: إذا قبل الموصى إليه الوصية، ثم أراد تركها؛ لم يجز له ذلك، إلا أن يعجز أو يظهر له عذر؛ لأنها قربة وفعل خير ألزمه نفسه كالصوم والحج.

قُلتُ: ظاهر لفظه وتعليله سواء كان ذلك في حياة الموصي أو بعد موته.

قُلتُ: وهو ظاهر نقل التونسي، وأشهب قال ما نصه: إذا قبل الوصيَّة في حياة الموصي؛ فجعل له الرجوع ما لم يمت الموصي.

وفي كتاب محمد عن أشهب: ما ظاهره: إن ذلك ليس له، وكأنه وهب منافعه ونظره الطفل إلى رشده؛ فلا رجوع له عن ذلك، وقال ابن شاس: ظاهر إطلاق القاضي أبي محمد، وشيخه الشَّيخ أبي القاسم: منعه من الرجوع بعد القبول مطلقًا، وقال ابن الحاجب: ولا رجوع بعد الموت والقبول على الأصح، فقال ابن هارون: لا نعلم في هذا خلافًا.

وقال ابن عبد السلام: قال بعضهم: لا فرق بين قبوله بعد الموت أو قبله؛ لأن له الرجوع، وهو طرد تعليل أشهب في أن ما قبله في حياته، له الرجوع عنه في حياته بقوله: لأنه لم يقره.

قُلتُ: قبوله في الحياة قبول لما يثبت بعد، وبعد موته، قبول لما يثبت بالفعل وما حكاه من قول بعضهم لا أعرفه، إلا قول الشَّيخ أبي إبراهيم: لا فرق بين رجوعه قبل ولا بعد؛ لأنه لم يغره.

وسمع أَصْبَغ ابن وَهْب: من أوصى إلى رجل بوصيته وبوصيَّة لرجل كانت إليه، فقال الموصى إليه الثاني: أقبل وصيته، ولا أقبل وصيَّة الأول؛ لأن فيها ديونًا وتخليطًا فله ذلك.

قال أَصْبَغ: ليس له ذلك؛ لأن وصيَّة الأول من وصيَّة الثاني، فإن قبل بعضها؛ لزمه كلها.

ابن رُشْد: قول ابن وَهْب أظهر الصقلي الذي أرى أن يقول له الإمام: إما أن تقبل الجميع أو تدع الجميع، إلا أن يرى الإمام أن يقره على ما قبل، ويقيم من بلى وصيَّة الأول.

الشَّيخ: روى محمد: إنما للوصي في مال اليتيم فعل ما ينميه أو ينفقه.

اللخمي: وحسن أن يتجر له وليس ذلك عليه.

وسمع أشهب: ينفق على كل يتيم بقدر مصابه.

محمد: قال مالك: قال ربيعة: وله أن يشتري له ما يلهو به، وإن كان له سعة وسع عليه.

ابن كنانة: وينفق في عرسه ما يصلحه من صبغ وطيب، بقدر حاله وحال من يتزوج وقدر ماله، فإن خشي أن يتهم رفع إلى الإمام، وسمع ابن القاسم، وروى محمد مثله من غير سرف، وما أنفق على اللعابين لم يلزم اليتيم.

اللخمي: وينفق على المولى عليه وفي ختانه، وعرسه، ولا حرج على من دعي فأكل ولا يدعو اللعابين.

وفي الموازيَّة: ويزكي ماله ويخرج عنه وعن عبده الفطر، ويضحي عنه من ماله.

الشَّيخ: إن أمر أن يتعقب بأمر من اختلاف الناس، أو كان شيئًا يخفى له، وفي زكاتها: ويؤديها الوصي عن اليتامى وعبيدهم من أموالهم.

قُلتُ: ولقول الشَّيخ المتقدم، قال غير واحد من المتأخرين: لا يزكي الوصي ماله، حتى يرفع إلى السلطان كما قال مالك: إذا وجد في التركة خمرًا لا يريقها إلا بعد مطالعة السلطان؛ لئلا يكون مذهبه جواز التحليل، وكذا يكون مذهب القاضي سقوط الزكاة عن الصغير.

وقال بعضهم: إنما يلزم الرفع في البلاد التي يخشى فيها ولاية الحنفي، وأما غيرها فلا، وقاله ابن محرز وابن بشير في آخر ترجمة أحكام نماء المال.

الشَّيخ والصقلي عن المجموعة: قال مالك: وله أن يحجهم قبل أن يبلغوا، وهو أحسن في أدبهم، وله أن يحجهم بعد حجة الإسلام بعد بلوغهم.

قُلتُ: إن كان ذلك على أن نفقتهم ليست من أموالهم، فظاهر، وإن كان على أنها من أموالهم، وهو ظاهر لفظ الرواية ففيه نظر، وهو خلاف نص حجها فيه وليس؛ لأنه الوصي أو أمه، أو من هو في حجره من وصي أو غيره أن يحجه، وينفق عليه من مال الصبي، إلا أن يخالف من ضيعته بعده، إذ لا كافل له فله ذلك وإلا ضمن.

الشَّيخ عن المجموعة والموازيَّة: روى ابن القاسم: له أن يتجر بأموال اليتامى ولا

يضمن، وروى ابن وَهْب: في البر والبحر.

قُلتُ: مع الأمن، قاله غير واحد، وفي الطرر لابن عات: إن كان الوصي أخا الأيتام وتجر في المال، وهو مشترك؛ فالربح له، وحسن أن يواسي منه اليتامى.

الشَّيخ لأشهب في الكتابين: ولا يعمل الوصي بمال اليتيم قراضًا كما لا يبيع لهم من نفسه ولا يشترى لهم، وقال بعض أصحابنا في كتاب آخر: إن أخذه على جزء من الربح يشبه قراض مثله؛ مضى ذلك.

اللخمي: لا يسلف ماله؛ لأنه معروف، إلا أن يكون كثير التجر، وسلف اليسير مما يصلح وجهه مع الناس فلا بأس، وله أن يتسلف له.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكم: وله أن يبيع لهم بالدين.

وفي استبرائها: من وطئ إحدى أختين بملكهما؛ لم يجز له وطء الأخرى، يبيعه التي وطئ من ابنه، أو من في حجره؛ إذ له انتزاع بالبيع، فيقوم منه صحة قول الصقلي في كتاب الوصايا: الوصي العدل كالأب يجوز له ما جاز له؛ لأنه أقامه مقام نفسه.

قُلتُ: وما في استبرائها خلاف قولها في وصاياها، ولا يشتري الوصي لنفسه من تركة الميت، ولا يوكل أو يرسل من يشتري له، فإن فعل تعقب ذلك، فإن كان فيه فضل كان للأيتام.

وأرخص مالك لوصي في حمارين من حمر الأعراب في تركة الميت، ثمنهما ثلاثة دنانير تسوق بهما الوصي في المدينة والبادية، واجتهد فأراد أحدهما لنفسه بما أعطي فيهما فأجاز ذلك وخففه لقلة الثمن، واختصرها ابن الحاجب بقوله: وفيها سأله وصي في حمارين، إن أراد أخذهما لنفسه بما أعطي، فاستخفه لقلة الثمن، فحذف التسويق، فتعقب عليه.

الشَّيخ في المجموعة والموازيَّة: قال ابن القاسم وأشهب: إذا كان الورثة أصاغر وأكابر، فليس له بيع شيء من التركة حتى يحضر الأكابر.

قال ابن القاسم: إن غابوا بأرض نائية والتركة حيوان ورقيق وعروض؛ فله بيع ذلك، ويرفع إلى الإمام حتى يأمر من يبيع على الغائب.

أشهب: إن قرب غيبتهم، ولم يخف تغير شيء من التركة؛ كاتبهم ببيع ما يخاف عليه إن كان بيعه أفضل للجميع، وإن شاء قسمه ومن تلف حقه كان منه.

وفي القسم منها: ولا يقسم الوصي في الأصاغر حتى يرفع إلى الإمام ويراه نظرا، وإن كان معهم أكابر؛ أحببت له أن يرفع إلى الإمام، فإن قاسم الكبار وصي الأصاغر دون الإمام؛ جاز ذلك إذا اجتهدوا، وإن غاب أحد الأكابر؛ لم تجز قسمة الوصي عليه، ولا يقسم لغائب إلا الإمام، ويوكل بذلك، ويجعل ما صار لهم بيد أمين.

وفي رسم الوصايا الأول من سماع أشهب فيمن مات، وأوصى بولده لزوجته، وترك ثلاثة رؤوس: فلها أخذ ثمنها منها، فإن قسمت لنفسها عليهم نقصت قسمتها، إلا أن يجيزها السلطان، ويقسم ما بقي قيل: بأمر السلطان قال: لا بل بأمر العدول.

قال ابن رُشْد: أجاز لها أخذ ثمنها من التركة، وقسم الباقي بين ابنها بأمر العدول دون السلطان، أما أخذها ثمنها، فالمشهور أنه لا يجوز إلا بأمر السلطان، وقيل: يجوز إن علم السداد والنظر فيها لهم، وهو قوله في هذه الرواية، وأما قسمها ما بقي بينهم فجائز إذا عرف السداد، وهو مذهبه في هذه الرواية، ومعنى ما في المدَوَّنة من أن الوصى لا يقسم مال الأيتام بينهم إلا بالسلطان، وقيل: فعله ذلك محمول على السداد، حتى يثبت خلافه، وهو الذي يأتي على ما في الرهون منها؛ لأنه أجاز فيه للوصي أن يشتري لبعض أيتامه من بعض، فإذا جاز شراؤه من بعض لبعض، فأحرى القسمة بينهم؛ لأنها قيل: إنما هي تمييز حق.

وعلى ما في الرهون، يأتي ما لمالك في رسم الطلاق، ومن هذا السماع بعد هذا الخلاف قوله في هذه الرواية: وفيها: لا يبيع الوصي العبد الذي يحسن القيام على الأيتام، ولا العقار إلا أن يكون لبيع العقار وجه من ملك يجاوره يرغبه في الثمن، أو ما لا كفاية في غلته، وليس لهم ما ينفق عليهم منه؛ فيجوز بيعه.

قُلتُ: تقدم الكلام على هذا في الحجر مستوفى، وانظر هل هذا عام في ربع ورثوه، وربع اشتراه الوصي لهم أو خاص بما ورثوه، والأظهر عمومه فيهما، إلا أن يكون الوصي إنما اشترى لهم ذلك طلبًا للربح.

المتيطي: فعل الوصي محمول على النظر والجواز والتمام حتى يثبت خلافه؛ فيرد البيع، قاله ابن لبابة، وابن الهندي، وابن العطار، وغير واحد من الموثقين.

وقال أبو عمران وغيره من القرويين: محمل بيع الوصي على عدم النظر حتى يثبت خلافه، وهو معنى ما في الموازيَّة؛ لأنه كلما سئل في الكتاب عن بيع الأب أطلق عليه الجواز، إلا أن يكون على غير النظر، وإذا سئل عن الوصي قال: لا يجوز بيعه إلا أن يكون نظرًا.

قال عبد الحق: وكذا الوصي لا يهب ربع محجوره لثواب؛ لأن هبة الثواب إنما فيها قيمتها وهو لا يبيع عليه بالقيمة؛ إذ ليس في ذلك نظر، ويجوز هبة الأب مال ولده للثواب.

وحكى ابن الطلاع عن ابن عات: مثل قول الموثقين، وعن ابن القطان مثل قول القرويين: إن الوصى بخلاف الأب في بيع الربع، واحتج بقولها: لا يبيع الوصي عقار اليتامى إلا للوجوه المذكورة.

واستحسن ابن الطلاع من رأيه: إن كان الوصي عدلًا مأمونًا قول ابن عات: وإن كان امرأة أو غيره عدل.

قول ابن القطان: وفي وثائق الباجي عن إسماعيل القاضي: الفرق بين وصي الأب، فأجاز له بيع عقار اليتيم لوجه النظر، ومنعه لمقدم القاضي إلا بإذنه.

وقال الصقلي: يشترط في الأب ما يشترط في الوصي.

وفيها: ويصدق في الإنفاق عليهم إن كانوا في حجره، ما لم يأت بسرف.

عياض: قال مالك وابن القاسم وأشهب: بعد يمينه، وهذا لا يختلف فيه.

قال أبو عمران: ولو أراد الوصي أن يحسب ما لا بد منه، ولا شك فيه وسقط مازاد؛ فلا يمين عليه.

عياض: لا بد من يمينه؛ لاحتمال استغناء اليتيم عن تلك النفقة التي لا شك فيها أيامًا متفرقة ومتوالية؛ لمرض أو صلة من أحد، وهو ظاهر قول مالك وابن القاسم في الموازيَّة من قوله: ويحلف ما لم يأت بأمر مستنكر.

وفيها: ويصدق في الإنفاق عليهم إن كانوا في حجره.

قُلتُ: رادف في المدَوَّنة بعد قوله: في حجره لفظ: يليهم؛ ومفهومه: إن كانوا في حجره يليهم، وقوله لم يقبل، ووقع ذلك نصًّا في الموازيَّة.

الشَّيخ في كتاب محمد لابن القاسم: إن قال لوصي أنفقت على اليتامى أموالهم وبعضها، فإن كانوا في حجره؛ فالقول قوله في السداد، وإن كانوا عند أمهم أو أخيهم أو غيرهما؛ لم يصدق إلا ببينة؛ يريد: إن أنكروا في رشدهم.

ومثله ذكر عن أشهب، وفي ترجمة دفع الوصي النفقة إلى الحاضنة، في الربع الآخر من الطرر ما نصه: قال الأبهري: الوصي مصدق فيما دفع من النفقة؛ لأنه لو كلف البينة على ذلك لشق عليه إذا كان يحتاج إلى أن يشهد على درهم، ودانق وجبة وهذا من الأمر الموضوع عن الناس.

ولذا قال مالك: إن اللقَطَة تدفع لمن جاء بعلامتها.

وقوله ﷺ: «**البينة على المدعي**»[1]، إنما ذاك إذا ادعى شيئًا في يد غيره، وقال أحمد بن نصر: قوله مقبول فيما دفع من النفقة إذا أشبهت نفقة الأيتام في حضانته كانوا، أو عند حاضنة من غير بينة وعلى الحاضن لهم أو عليهم أنفسهم البينة أنه لم ينفق عليهم، وإلا فالقول قوله من غير يمين تلزمه في دعوى الأيتام وللحاضن اليمين عليه في دعواه.

اللخمي: إن كانوا في حضانة الأم أو غيرها، فأنكروا أن النفقة من عند الوصي؛ كان القول قولهم، إلا أن تقوم بينة بأنها من عنده، وإن خفي على البينة تتابع الأخذ، إلا أن تدعي الأم أجر شهر، وما يشبه أن يتأخر قبضه لما يعلم من لدده وظلمه، فتصدق فيما يشبه من ذلك، أو يعلم من فقرها وضعفها ما يدل على أن النفقة ليست من عندها مع ما يرى من همة الصبي والقيام به.

---

(1) أخرجه الترمذي: رقم (1341) في الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه.

ابن شاس: وإن نازع الصبي الوصي في تاريخ موت الأب، إذ به تكثر النفقة؛ فالقول قول الصبي، إذ الأصل عدم ما ادعاه الوصي.

اللخمي: ويدفع إليه من النفقة ما يرى أنه لا يتلفه الشهر ونحوه، فإن خيف أن يتلفه قبل تمام الشهر فنصف الشهر، فإن كان يتلفه قبل ذلك فيوم بيوم.

المتيطي: أجاز ابن العطار أن يدفع الوصي لمحجوره نفقة الشهر، ويبرئ الوصي، ومنعه محمد بن عمر وقال: لا يدفع له إلا لمدة يسيرة كالشهر.

فروى ابن العطار: لليتيم أن يقبض نفقة نفسه ونفقة بنيه الأصاغر، إن كانوا في حضانته، وإن لم يكن بالغًا، ما لم يكن صغيرًا جدًّا ممن لا يحضن نفسه.

قُلتُ: انظر قوله: نفقة بنيه مع قوله: وإن لم يكن بالغًا، وقال ابن الهندي: لا يقبض إلا نفقة نفسه، فإن قبض نفقة غيره؛ ضمن الوصي، وعقد معاينة البينة لقبض اليتيم نفقته قوة في العقد، وإن سقطت لم يضر ذلك، وقيل: لا تتم الشهادة إلا بالمعاينة وهو قول معلول، فإن دفع إليه نفقة شهر فأنفقها في يوم أو في دون المدة التي أخذها؛ لما لزم الوصي أن ينفق عليه من وقت تلفها، فإن تكرر ذلك منه؛ لم يدفع إليه نفقته ودفعت لمن يجريها عليه، وعلى من تلزمه نفقته من ولد صغير، أو أم ولد أو خادم يومًا بيوم.

وقال بعض أهل العلم: متى دفع الوصي بنفقة مدة فأكلها قبل المدة؛ ضمن الوصي، وإن كان للمحجور زوجة وأولاد.

فقال ابن العطار: الأحسن أن يدفع له نفقة نفسه فقط، ويدفع للزوجة نفقتها، ونفقة بنيها، قاله ابن العطار.

وقال ابن الهندي: إنما يقبض نفقة نفسه خاصة، وفي تضمين الصناع منها: من كفل يتيمًا فأنفق عليه، ولليتيم مال فله أن يرجع بما أنفق عليه في ماله، أشهد أو لم يشهد إذا قال: إنما أنفقت عليه لا لأرجع في ماله.

المتيطي: إن أسقط من عقد الإنفاق أنه إنما ينفق عليه، ليرجع عليه لم يكن له أن يرجع عليه، حتى يحلف أنه إنما فعل ذلك ليرجع عليه، وإن كان إنما أنفق عليه وله

بيده مال ناض؛ لم يرجع عليه، وإنما يرجع عليه إن كانت له سلع كاسدة وأصول في بيعها طول.

وفيها: ومن قال: وفي حجره يتيم عديم أنفق عليه، فإن أفاد مالًا أخذته منه، وإلا فهو في حل؛ فذلك باطل ولا يتبعه بشيء، والأولى إن كان حيث إن لم ينفق عليه هذا الشارط صاع أن ينفق عليه، ويوفي بشرطه، وأظن اللخمي قاله.

وفي وصاياها: وتضمين الصناع منها: إن قال: الوصي دفعت إلى الأيتام أموالهم بعد رشدهم، فأنكروا لم يصدق إلا ببينة وإلا غرم.

اللخمي: قول عبد الملك في هذا الأصل: إذا أمر أن يدفع إلى غيره من دفع إليه قبل قول المدفوع، فكذا الوصي القول قوله، ومحمل قوله تعالى في الإشهاد: إنه لرفع التنازع، كأمره تعالى في المداينة: بالإشهاد، ومثله في سماع أشهب، وزاد: إلا أن يدعي على وليه أنه لم يدفع ماله بعد زمان طويل، قد خرج فيه في حال الولاية حتى إذا أطال الزمان وهلك الشهود، قال: كان يليني ولم يدفع إلي مالي فليس هذا بالذي أريد.

ابن رُشْد: لم يذكر من حد الطول إلا ما تبيد فيه الشهود، وذلك عشرون سنة على ما سمعه عيسى من ابن القاسم في رسم البراءة من كتاب القسمة، وهو نص أشهب في نفس المسألة من الموازيَّة، فليس عليه في ذلك إلا اليمين لقد دفعها إليهم.

وقال القاضي ابن زَرْب: إن قام على وصيه بعد انطلاقه من الولاية بأعوام كثيرة كالعشرة أو الثمان يدعي أنه لم يدفع إليه ماله؛ فلا شيء له.

قيل: يريد: من المال ويحلف لقد دفعه إليه، والذي يوجبه النظر أن يكون القول قول اليتيم حتى يمضي من المدة ما يغلب على الظن معه كذبه؛ فيصدق وليه وذلك يختلف باختلاف أحوالها.

قُلتُ: ففي قبول قول اليتيم ما لم تقم عليه بينة مطلقًا، أو ما لم يطل سكوته عشرين عامًا، ثالثها ثمانية أعوام، ما لم يظن كذبه فحسب حالها، وخامسها: يصدق الوصي عليه مطلق لما هو معروف المذهب.

وسماع أشهب، وقول ابن زَرْب، واختيار ابن رُشْد، وقول ابن عبد الملك.

قُلتُ: هذا آخر ما يناسب ما قصدته من محادات كلام ابن الحاجب، وبعض شراحه، وأما قوله في الفرائض فمختصر الحوفية كاف عن محاذاته، إلا ما تمس الحاجة إلى استحضاره هنا منه، ومحاذاة بعض مسائله.

[كتاب الفرائض]

فأقول: علم الفرائض لقبًا: (الفقه المتعلق بالإرث وعلم ما يوصل لمعرفته قدر ما يجب لكل ذي حق في التركة)(1).

(1) قال الرَّصاع: قول الشَّيخ ﷬ علم الفرائض لقبًا، هذا مثل أصول الفقه لقبًا وإضافة، فأما المعنى الإضافي فالعلم المراد منه هنا الفقه، والفرائض: جمع فريضة وهي مأخوذة من قوله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة: 237] وأصل الفرض التقدير، والمراد بالفرائض الأنصباء المقدرة شرعًا بسبب الميراث من فرض وتعصيب، وعلم ذلك فقهه وحفظه؛ وليس المراد هنا المعنى الإضافي؛ بل ما جعل المضاف والمضاف إليه علمًا على معناه الشرعي في عرف الفرائض، فلذا قال لقبًا، ونصبه على حد نصب اللقب في كلام ابن الحاجب، وقد قدمناه.

قوله: (الفقه المتعلق بالإرث) هذا معناه لقبًا؛ لأن معنى علم الفرائض الفقه بما يتعلق بالإرث.

قوله: (وعلم ما يوصل إلى معرفة... إلخ) هذا هو العمل بفقه الفرائض، ولذا قال فقه الفرائض أعم من علم الفرائض، وعلم الفرائض أخص، كما أن علم القضاء أخص من فقه القضاء، كما قرره الشَّيخ ﷬ في كتاب الأقضية، وهو حق، ومعرفة ما يجب من الحق لكل ذي حق في التركة يتوقف على علم الحساب.

وقوله: (الفقه المتعلق بالإرث) أخرج به الفقه المتعلق بغير الإرث.

وقوله: (وعلم... إلخ) أدخل به كيفية القسمة والعمل في مسائل المناسخات وغيرها؛ لأن ذلك كله من علم الفرائض.

(فإن قلت): ظاهر ما أشرت إليه، وقررت به كلامه: أن علم الفرائض لقبًا أعم منه مضافًا.

(قلت): وهذا صحيح لا قدح فيه؛ لأن المعنى الإضافي لا يستلزم المعنى اللقبي؛ بل الأمر الأعم من ذلك، وانظر ما ذكروه في غير هذا الموضع، ثم إن الشَّيخ ﷬ أتى بعد هذا بأمور مذكورة في أوائل العلوم، مقررة من الرءوس الثمانية، ونبه على ذلك؛ لأنه لما كان علم الفرائض جعلوه علمًا مستقلًا ذكر فيه ما يلزم ذكره في كل علم من حده وموضوعه وفائدته.

فقال: وموضوعه التركة لا العدد خلافًا للمصمودي، أشار بذلك إلى الخلاف في موضوعه.

قال الشَّيخ: وموضوع كل علم ما يبحث فيه عن عارضه الذاتي، وهو ما لحقه لذاته أو مساويه أو بجزئه، أعمها الذاتي لا عن عارضه القريب، كما قال في منطقيه:

مثال الذاتي ما لحق إنسانًا لكونه إنسانًا.

والثاني: ما لحقه لكونه متعجبًا.

=

والثالث: ما لحقه لكونه حيوانًا.
والعارض القريب ما لحقه لا خصه مثل:
ما لحق حيوانًا لكونه إنسانًا.
والثاني: ما لحق إنسانًا لكونه ماشيًا، هذا معنى ما وقع في مختصره المنطقي.
ويقال: أنه كان ينزل ذلك على رسمه والله أعلم، وانظر الشيرازي وغيره من كتب الحكماء.
قال: وفائدته كالفقه مع مزية التنصيص، وموضوع كل علم، وحد كل علم وفائدته، هو من ضروريات كل علم، ومن لم يعرف ذلك لم يعرف العلم، فإنه لا يحكم عليه ويميزه عن غيره إلا بذلك، وقد قرروا ذلك في مبادئ العلوم المنطقية، وطالب كل علم لا بد له من معرفة موضوعه، وقد يكون الشيء الواحد موضوعًا لعلوم مختلفة بجهات مختلفة، فموضوع العربية الكلمات العربية، من حيث إعرابها وجريه على سنن طريقه.
والكلمات أيضًا موضوع اللغة، لكن من حيث دلالتها على معانيها المفردة، وكذلك الفقه موضوعه فعل المكلف من حيث تعلق الحكم الشرعي به لا من حيث خلقه لله تعالى.
وموضوع الحساب العدد من حيث جمعه وتقسيمه لا من غير ذلك، وموضوع البيان التراكيب من حيث النظر فيه إلى فصاحته وبلاغته ومطابقته للحال، وغير ذلك.
وأصول الفقه موضوعه الأدلة الشرعية، من حيث التوصل بها إلى استنباط الأحكام، وموضوع أصول الدين فيه خلاف مشهور بين القوم، فإذا عرفت هذا فقول الشَّيخ وموضوعه؛ التركة لا العدد يعني: التركة من حيث العارض لها الخاص بالفريضة، والعدد في الحقيقة إنما هو آلة لاستخراج الفرض من التركة؛ فلذلك لم يجعل العدد موضوعًا.
ولما رأى غيره أن ذلك القدر لا يتوصل إليه من التركة إلا باتفاق العمل بالعدد؛ صير العدد كأنه هو الموضوع، والصواب الأول؛ لأن الفرض المقدر إنما أخرج من التركة، وهو مال فالتركة أنسب لكونها موضوعه، والعدد إنما هو آلة، وبالجملة فهذا علم شريف محتاج إليه، ولذلك حض في السنة عليه.
ووقع هنا للشيخ ابن عبد السلام: أن قال: علم الفرائض شريف، وهو وإن كان جزءًا من علم الفقه ولكنه لما امتزج الحساب به في نظر الناظر؛ صار كأنه علم مستقل، فلذلك أفرد له العلماء تواليف، هذا معنى ما أشار إليه، ثم ذكر الحديثين المعلومين في فضله، وأحدهما ذكر فيه ما يقتضي أن الفرائض ثلث العلم، والآخر ذكر فيه ما يقتضي أنها نصف العلم.
قال: والنظر في الجمع بين هذين الحديثين ليس من نظر الفقيه.
قال: ولولا الإطالة لتكلمنا على ذلك، وقد ذكر في ذلك أجوبة غيره، قيل: المراد بالنصف المبالغة، وقيل: لما كان للإنسان حالة حياة، وحالة موت؛ وكانت الفرائض بعد الموت ناسب نسبة النصف

لها، انظر الشَّيخ الإمام العقباني، فإن له فوائد في شرحه على الحوفي، وكان الشَّيخ ابن عبد السلام في هذا العلم في غاية التحقيق صناعةً وعلمًا، مع أن الشَّيخ الإمام تلميذه: قرأ الحوفي عليه، ثم لما قدم الشَّيخ السطي: مع السلطان أبي الحسن، اجتمع به وطلب منه أن يقرأ عليه الحوفي، فقال له: إني لا أجد محلًا للإقراء، إلا في ساعة بين الظهر والعصر في باب جامع القصبة العلية.

فكان الشَّيخ: يبكر ويجلس هناك ينتظره، فإذا قدم فتح عليه الكتاب وقرأ عليه، فقال له في أول قراءته: هلا اكتفيت بالشَّيخ ابن عبد السلام؛ لأنك ختمت عليه الكتاب؟.

فذكر له: أن به مواضع أشكلت عليه، فلما وصلها بينها له، كما يجب في الإقرارات والوصايا والمناسخات، فرحم الله العلماء، كيف كان طريقهم، وحرصهم على تحصيل العلوم مع حسن النية، وكان الإمام العالم القاضي أبو القاسم أحمد بن محمد الكلاعي المشتهر بالحوفي له اليد الطولى في هذا الفن، وما ألف في الفرائض مثله جمعًا وتحصيلًا وعملًا وعلمًا.

وقد رد الشَّيخ الإمام: على شيخه في رده عليه، وبحث معه حيث قسم الفروض على ثلاثة أقسام، منها ثلاثة مسماة غير محدودة: وهي المذكورة في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: 11]، وفي قوله تعالى: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: 176]، وفي قوله: ﴿وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً﴾ الآية.

ومنها فرض واحد محدود غير مسمى: وهو قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: 11]؛ فلما جعل لها الثلث، علم أن الباقي للأب؛ وهو الثلثان.

ومنها ستة فروض، فذكر الفروض الستة، قال ابن عبد السلام: ما ذكره مع حسنه وغرابته، ففي النوع الأول شيء؛ وهو أنه عدد الفروض المسماة غير المحدودة، لتعدد أصحابها، وجعلها ثلاثة، وهي في الحقيقة اثنان؛ لأن الذي للأولاد مثله للإخوة، فإن كان لتعدد سبب ذلك؛ فينبغي أن يجعل مثله في الفروض الستة، وقد علم أن لكل واحد منها أصحابًا ما عدا الثمن، والتعدد فيها لتعدد أصحابها باطل.

فكذلك هنا فرد الشَّيخ رحمة الله عليه ذلك، بأن قال: إن قوله في الحقيقة اثنان إلخ، غير لازم؛ لأنه إنما يكون في اثنين بجعل البنتين والإخوة نوعًا واحدًا، إلا إذا جعل موجب التعدد اختلاف ما يستحقه كل نوع منها، وليس كذلك؛ بل موجبه اختصاص نوع منها بلفظ قرآن يخصه بالتسمية والذكر، دون إشارة إلى نسبة القدر الذي يستحقه من التركة، قال: فتأمله.

قال: وكان يمشي لنا النظر في هذا الرد بعد مطالعة شراح الحوفي من العقباني والسطي، وبالجملة فالشَّيخ الإمام العلامة سيدي الفقيه: له يد عالية سبق بها أهل السبق في جده واجتهاده، وفهمه وتحصيله، وقوة فهمه وعلمه وعمله، ولما جرت هذه العلوم العقلية عنه وعنده، وتمكنت وصارت ملكة له؛ أقدره الله تعالى على كشف حقائق دقائق أسرار الشريعة، وملك زمام العلوم العقلية

وموضوعها: التركات لا العدد خلافًا للصوري.

وفائدتها: كالفقه مع مزية التنصيص.

روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال: «**العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل آية محكمة، أو سنة ماضية أو فريضة عادلة**»(1).

عبد الحق: في إسناده عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الفريقي قاضيها ضعف.

قُلتُ: قال المزني: قوى البخاري أمره، وقال هو مقارب للحديث، وقال أبو عمر بن عبد البر ضعفه بعضهم، وأما أهل المغرب مصر، وإفريقيَّة فيثنون عليه بالفضل والدين، روى عنه جماعة من الأئمة، الثوري وغيره.

قال ابن الحاجب: ولا يكون التعصيب إلا في ذكر يدلي بنفسه، أو بذكر يتعقب بقصوره؛ لأن التعصيب يكون في الإناث كالأخوات مع البنات.

فأجاب ابن عبد السلام بأنه: إنما يلزم هذا إن عطف قوله: أو بذكر على بنفسه، وهو محتمل؛ لأن يكون معطوفًا على في ذكر فكأنه يقول لا يكون، إلا في ذكر موصوف بكذا أو بسبب ذكر، وهذا الذي يكون بسبب ذكر قد يكون في ذكر كالأخ، وقد تكون أنثى كالأخت مع البنت.

قُلتُ: فيما ذكره بعد؛ لأنه قاصد الاختصار كالأم.

والنقلية، وعلا فخره وانتشر في العالم ذكره.

ونستغفر الله تعالى في خوض مثلي القاصر في باعه المتطفل على شرح كلام أحبائه، فهو سبحانه الغفور الرحيم الجواد الكريم، فنطلب المغفرة لي والرحمة منه، وستر عيبي وما خفي من غيبي، ومن تصنعي وقلة عملي، ونرجو منه سبحانه العفو والغفران، بخدمة هذا السيد الولي حبيب الرحمن، ونرغب منه ﷺ أن يستوهب لنا من الله الجود والإحسان.

وقد ظهرت بركات الله تعالى على هذا الإمام، وسعادة الله تعالى عليه في تخصيصه بفضله من بين الأنام، ولكن لا ييئس من رحمة ذي الجلال والإكرام، بمحبتنا وخدمتنا في محبي النبي عليه الصلاة وأفضل السلام.

(1) أخرجه أبو داود رقم (2885) في الفرائض، باب ما جاء في تعليم الفرائض، ورواه أيضًا ابن ماجه: رقم (54) في المقدمة، باب اجتناب الرأي والقياس.

ابن شاس: وهو لا يقبل هذا الاحتمال؛ لأن لفظه: ويرث بالتعصيب كل ذكر يدلي بنفسه أو بذكر، ويلزم على قوله: في الاحتمال الذي ذكره أن تكون الباء في نفسه للتعدية، وفي بذكر للسببية، ويلزم عليه أن تكون بنت الأخ عاصبة، للبنت عملًا بالسبية؛ لقولهم حجت الأشقاء على الإخوة للأم في الحمارية، بمشاركتهم أياه في سبب إرثهم.

ابن عبد السلام: قال الحوفي: الفروض على ثلاثة أقسام: منها ثلاثة مسماه غير محدودة، وهي المذكورة في قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾ [النساء: 11].

وفي قوله تعالى ﴿وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمۡ يَكُن لَّهَا وَلَدٞۚ﴾ [النساء: 176]، وفي قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ﴾ [النساء: 176]، وفرض واحد محدود غير مسمى، قال تعالى: ﴿فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النساء: 11]، علم أن لها الثلث علم أن الباقي للأب وهو الثلثان.

قال: وستة فروض غير محدودة غير مسماة، فذكر الفروض الستة التي ذكر المؤلف.

قال: وما ذكره مع حسنه وغرابته في النوع الأول في النفس منه شيء، وهو أنه عدد الفروض المسماة غير المحدودة؛ لتعدد أصحابها وجعلها ثلاثة، وهي بالحقيقة اثنان؛ لأن الذي للأولاد مثله للإخوة.

فإن كان يتعدد بسبب ذلك؛ فينبغي أن يفعل مثل أصحاب الفروض الستة، وكل واحد منها له أصحاب ما عدا الثمن، والتعدد فيها لتعدد أصحابها باطل.

قُلتُ: يرد بأن قوله: وهو بالحقيقة اثنان إلى آخره غير لازم؛ لأنه إنما يكون اثنين فجعل البنين والأخوة نوعًا واحدًا، ولا يجب جعلها نوعًا واحدًا، إلا إذا جعل موجب التعدد اختلاف ما يستحقه كل نوع منها، وليس كذلك؛ بل موجبه اختصاص كل نوع منها بلفظ قرآن يخصه بالتسمية، والذكر دون إشارة إلى نسبة القدر الذي يستحقه من التركة، فتأمله، قال ابن الحاجب: أما الابن فعصبة.

قال ابن عبد السلام: ذكر ابن ثابت الفرضي خلافًا في الابن هل هو عصبة أو لا، لا أدري ما معنى هذا الخلاف ولعله خلافًا في التسمية.

قُلتُ: قوله: لا أدري ما معنى هذا الخلاف، يرد بأن معناه واضح، وهو ما قدمناه في كتاب الولاء من قولنا.

قال اللخمي: وميراث موالي المرأة لعصبتها وعقله على قومها، إن لم يكن لها ولد، فإن كان، فقال مالك: ميراثهم لولدها، وجريرتهم على قومها.

وقال ابن بكير: النظر أن لا ميراث لولدها منهم، وهو قول علي ﷺ.

وقال عبد الوهاب: قيل: يحمل ولدها مع العاقلة؛ لأن البنوة عصابة في نفسها.

قُلتُ: فقول ابن بكير ظاهر؛ لأن ولد المرأة ليس بين العصبة، فالخلاف اذر معتوى لا لفسطين، فتأمله متصفًا، وذكر ابن الحاجب: الأكدرية، وهي زوج وأم وجد، وأخت شقيقة أو لأب.

قُلتُ: ولانقسامها من سبعة وعشرين للزوج تسعة، وللأم ستة، وللأخت أربعة، وللجد ثمانية.

أجيب بها من قال: ما فريضة أربعة ورثة أخذ أحدهم ثلثها وانصرف، ثم أخذ الثاني ثلث ما بقي وانصرف، ثم أخذ الثالث ثلث ما بقي وانصرف، ثم أخذ الرابع ما بقي.

ومن قال: ما فريضة آخر قسمها لحمل حتى يضع إن أتى بأنثى ورثت وإن أتى بذكر لم يرث، وفيها قلت:

ولا ييأس المفضول من فضله على ... مزيد عليه فضله بالضرورتي

فرب مقام أنتج الأمر عكسه ... كحمل بأنثى جاء في أكدريتي

لها إرثها فيها وزادت لجدها ... وللذكر الحرمان دون زيادة

قال ابن الحاجب: فلو كان موضعها: أخ للأب ومعها إخوة لأم، فقيل: للأخ السدس، وقيل: يسقط.

قُلتُ: هذه الفريضة هي المسماة بالمالكية، منهم من فرعها على الأكدرية، كالمصنف، وابن شاس، ومنهم من فرعها على المشتركة كالحوفي وابن الفخار.

وهي: زوج، وأم، وجدة، وإخوة لأم، وشقائق، يشركون الذين للأم لاتحادهم فيها.

قال أبو عمر: اختلف فيها عن جميع الصحابة، إلا عن علي لم يختلف عنه أنه لم يشترك، وحجته أن الأشقاء عصبة، والإخوة للأم فرضهم في كتاب الله مفروض، والعصبة إنما يرثون ما فضل عن الفروض، ولم يفضل لهم بشيء.

ومما يبين ذلك قول الجميع في زوج وأم وأخ لأم وعشرة إخوة أشقاء: أن الأخ للأم يختص بالسدس كاملًا، والسدس الباقي بين الأشقاء، ونصيب كل واحد منهم أقل في نصيب الأخ للأم، ولم يستحقوه بمساواتهم الأخ للأم في الأم تساوية في الميراث، فكذا ينبغي في المشتركة.

قُلتُ: هذا منه ميل بين؛ لقول من لم يشرك، وشرط كونها مشتركة تعدد الإخوة للأم، وأن لا يكون الشقائق كلهن إناث وفرع عليها أبو النجاء مسألة المالكية.

قال الصقلي عنه: إن كان في المشتركة جد أسقط جميع الإخوة للأم، وكان ما بقي يعد فرض الزوج، والأمر للجد وحده؛ لأنه سقط الأخوة للأم، والأشقاء إنما يرثون في هذه المسألة بالأم، والجد يسقط كل من يرث بالأم، وأما الذين للأب فيقول لهم لو كنتم دوني لم ترثوا شيئًا، فليس حضوري بالذي يوجب لكم شيئًا.

الصقلي: وهذا القول عندي إنما يجري على قول ابن مسعود في ابنتين وابنة ابن أسفل منها ابن ابن أنها لا ترث معها شيئًا؛ لأنها لو كانت دونه لم ترث شيئًا، وهو خلاف قول الجمهور.

والصواب: أن يرثوا مع الجد كانوا أشقاء أو لأب، وحجتهم أن يقولوا: أنت لا تستحق شيئًا من الميراث إلا شاركناك فيه، فلا تحاسبنا بأنك لو لم تكن؛ لأنك كابن بعد، ولو لزم ما قاله؛ للزم في ابنتين، وابنة ابن، وابن ابن لا ثرث معه شيئًا، ويختص بالإرث دونها ويحتج بمثل ذلك.

قُلتُ: ومثله قال ابن خروف: وهو ظاهر نقل ابن شعبان عن ابن وَهْب قال في زاهيه: حدثني عتيق بن عبد الله بن نصر عن ابن وَهْب عن أبي الزناد عن أبيه عن خارجة بن زيد عن أبيه: **إن للجد السدس وللإخوة ما بقي وهو السدس**، وذكره ابن العربي عن مالك في آية الوصيَّة من أحكامه، ولا أعرفه لغيره، ولم يذكره في قبسه، ولا عارضته.

ولم يعز الباجي لمالك إلا ما عزاه الصقلي عنه.

وقول ابن رُشْد لما ذكر الفريضة معبرًا عنها بالمالكية.

قال أشهب بذلك؛ لقوله فيها: (وحجة اعتباره فيها) ظاهر في عدم اختلاف قوله فيها، وقال ابن خروف: سميت مالكية؛ لأن مالك خالف فيها زيد بن ثابت، زاد غيره: مع شدة اتباعه لزيد بن ثابت في الفرائض.

قال ابن خروف: فإن كانت الإخوة الأشقاء لم يختلف فيها قول زيد، ولا نص لما له فيها، واختلف فيها أصحابه قال بعضهم كقول زيد في التي قبلها.

قال: لأن الإخوة الأشقاء يدلون بقرابتين منهم من جعلها كالمالكية، فليس لهم شيء والثلث الباقي للجد دونهم.

واحتج بعضهم لهذا القول بأن الجد لما حجب الإخوة للأم حجب من شرك معهم بسبب الأم؛ ولهذا أحرى من الذين للأب، ولهذا لا يلتفت إليه؛ لأنهم إنما شركوا معهم حين ورثوا، فإذا سقطوا صار الآخرون عصبة، فجرى عليهم حكم العصبة، فسبيلهم سبيل الإخوة لا لأب، فإن كان في الفريضة ستة إخوة مفترقين، فقال زيد: للجد السدس، وللشقيقين السدس الباقي.

وقول من جعل الأشقاء كالإخوة للأب في ترك الميراث الثلث للجد، وليس لجميع الإخوة شيء؛ لأن الأشقاء دخلوا مع الإخوة للأم بسبب اجتماعهم في الأم وهذه كالتي قبلها.

قُلتُ: وكذا ذكره ابن شعبان في زاهيه، وفي معادة الجد الإخوة الشقائق، أو لأب بالإخوة للأم مطلقًا.

وقصرها على المالكيَّة طريقان للصوري مع السهلي وتابعهما، والقرافي عن المذهب مع شرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب، والأول: ظاهر قول مالك في الموطأ حيث قال: وكيف لا يأخذ الجد الثلث مع الإخوة وبنو الأم يأخذون معه الثلث، والجد هو الذي حجب الإخوة للأم ومنعهم مكانه الميراث، فهو أولى بالذي كان؛ لأنهم سقطوا من أجله، ولو أن الجد لم يأخذ ذلك الثلث أخذه بنو الأم.

فإنما أخذ ما لم يكن يرجع إلى الإخوة للأب، وكان الإخوة للأم أولى بذلك الثلث من الإخوة للأب.

قال ابن عمر: قوله: هذا ليس على مذهب زيد في امرأة هلكت عن زوج، وأم، وجد، وإخوة لأم، وإخوة لأب؛ فإنه قال: للزوج النصف، وللأم السدس، وللجد ما بقي، وهو الثلث؛ لأنه يقول: ولو لم أكن أبا كان للإخوة للأم ما بقي، ولم يأخذ الإخوة للأب شيئًا فلما حجبت الإخوة للأم كنت أحق به منهم.

وروى خارجة بن زيد عن أبيه قال: إن للجد فيها السدس وما بقي للإخوة للأب، والقول الأول هو مذهب مالك، ويجيء على قول مالك في جد، وزوج وأخوين لأخ، وأخوين لأب، وأخوين شقيقين؛ يكون للزوج النصف، وللجد الثلث، ويشترك الإخوة للأم والشقائق في السدس، ويسقط الإخوة للأب.

وعلى قول زيد: المعروف أن السدس الباقي للشقيقين؛ لأن الجد حجب الأخوين للأم فكأنهما لم يكونا في الفريضة.

قُلتُ: ما ذكر أنه الجاري على مذهب مالك مشكل، بل الجاري عليه ما ذكره على مذهب زيد؛ لاتفاق مالك مع زيد على إسقاط الجد الإخوة للأم مطلقًا.

قال ابن خروف: لو ترك جدًّا أو ثلاثة إخوة مفترقين؛ لكان للجد الثلث وللأخ الشقيق الثلثان؛ لأنه يأخذ ما بيد الأخ للأب وهو الثلث، ولا شيء للأخ للأم؛ لأن الجد يحجبه.

قُلتُ: هذا على أن الجد لا يعاد الشقائق، أو لأب بالإخوة للأم إلا في المالكية، وشبه المالكية، وعلى معادته إياهم بالإخوة للأم مطلقًا. تصح فريضتهم من ثمانية

عشر: يجب للجد منها سدس الأخ للأم لمعادة الأخ الشقيق، والأخ للأب به ويأخذ ثلث ما بقي وذلك ثمانية، وللأخ الشقيق ما بقي، وذلك عشرة خمسة له بداية وخمسة بمعادته للجد بأخيه لأبيه، فكما عاد الجد بأخيه لأبيه يعاده لجد وأخاه لأبيه بالأخ للأم فتأمله.

قال ابن الحاجب: وأما الأخ الشقيق فيحجبه الابن.

تقدم في المختصر: أن الحجب عرفًا؛ منع أخص الإرث أو أعمه، الأول نقص، والثاني إسقاط.

قال ابن الحاجب: ولو لم يكن وارث فبيت المال على المشهور، وقيل: لذوي الأرحام، وعن ابن القاسم: يتصدق به، قال أبو عمر في كافيه: إن لم يكن عصبة ولا ولاء فبيت مال المسلمين إذا كان موضوعًا في وجهه، ولا يرد إلى ذوي الأرحام، ولا إلى ذوي السهام.

قُلتُ: وقال الطرطوشي في تعليقه: إنما يكون لبيت المال في وقت يكون الإمام فيه عادلًا، وإلا فليرد إلى ذوي الأرحام.

الباجي في كتاب الوصايا لمحمد عن أبي زيد عن ابن القاسم: من مات ولا وارث له يتصدق بما ترك، إلا أن يكون الوالي يخرجه في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه.

وكذا من أعتق نصرانيًّا فمات النصراني ولا وارث له؛ تصدق بما له ولا يجعل في بيت المال وحكاه الصقلي، وقاله ابن رُشْد في سمَاع ابن رُشْد في رسم أبي زيد.

وقال اللخمي: من أوصى بكل ماله ولا وارث له، قيل: ليس له ذلك، وقيل: وصيته ماضية هذا إن أوصى به للأغنياء، أو فيما لا يصرفه فيه الإمام، ولو وليه، ولو جعله في الفقراء، أو فيها: لو رفع إلى الإمام لقضي فيه بمثل ذلك يغير وصيته؛ لأنه فعل صوابًا ولا اختلاف في ذلك.

واختلف إن مات عن غير وصيَّة هل هذا كالفئ يحمل للأغنياء؟ أو يقصر على الفقراء؟

قال ابن نافع وغيره فيمن اشترى أخاه في مرضه ولا يحمله الثلث: لم يعتق منه ما حمله، إلا أن يكون له وارث فيعتق في ماله كله، ويأخذ الفضل، وأباه ابن القاسم، وقال: لا يرث إن لم يحمله الثلث إن لم يكن له وارث، والأول أبين للخلاف في ذلك.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: إن هلك نصراني، أوصى بجميع ماله في الكنيسة ولا وارث له؛ دفع إلى أساقفهم ثلث ماله يجعله حيث أوصى، ويكون ثلثاه للمسلمين.

ابن رُشْد: قوله: (يجعله حيث أوصى)؛ معناه: يفعل فيه ما يشاء على حكم دينه، وإنما يكون ميراث من مات من أهل الذمة، ولا وارث له من أهل دينه للمسلمين، ولا يجاز له من وصيته أكثر من الثلث إذا كان من أهل العنوة، أو من أهل الصلح والجزية على جماجمهم، وإن كان من أهل الصلح والجزية مجملة عليهم، لا ينقصون منها لموت من كان، ولا لعدم من أعدم؛ جاز له أن يوصي بجميع ماله لمن يشاء؛ لأن ميراثه لأهل دينه على قول ابن القاسم، وهو قول سَحنون.

خلاف قول ابن حبيب: إن ميراثه للمسلمين إن لم يكن له وارث من أهل دينه على كل حال، وقيل: من أهل العنوة ما لهم للمسلمين، ولا يرثهم ورثتهم ولا تجوز لهم وصيَّة بثلث ولا غيره، وهو الذي يأتي على سماع سَحنون في التجارة إلى أرض الحرب، من أنهم في حكم العبد المأذون له في التجارة.

قال ابن الحاجب: وأصول مسائل الفرائض سبعة.

قُلتُ: هذا قول أكثر الفرضيين، وزاد بعضهم عددين آخرين: أحدهما ثمانية عشر حيث يكون الواجب السدس، وثلث ما بقي، والثاني: ستة وثلاثون حيث يجب السدس والربع، وثلث ما بقي هو قول ابن النجاء، وهما في مسائل الجد.

قال ابن خروف: أصول المسائل سبعة، وتتداخل فريضتان منها بسبب فرائض الجد فريضة ثمانية عشر، وفريضة ستة وثلاثين من ثلاثة في اثنى عشر.

قُلتُ: من ألغاهما جعل مناط عدد أصول الفرائض مقام الجزء المطلوب وجوده في الفريضة هو مضاف لكل التركة، ومن عدهما جعل مناط ذلك مقام الجزء المذكور مطلقًا، لا من حيث هو مضاف لكل التركة، وكان يجري لنا التردد في كونه خلافًا لفظيًّا

أو معنويًّا تترتب عليه فائدة، هي لو باع بعض مستحقي غير ثلث ما بقي حظه من ربع. هل يدخل فيه الجد بالشفعة أم لا؟ كجد، وأم، وأخوين، وأخت باعت الأخت حظها من ربع.

وفرعنا على قول أشهب: إن العصبة لا يدخل عليهم أهل السهام ففي الأول يدخل الجد مع الأخوين في الشفعة في حظ البنت، وعلى الثاني لا يدخل؛ لأنه ذو سهم خاص.

وقول ابن عبد السلام: من ألغاهما رأى أن سبب بلوغهما إلى هذا العدد إنما هو الانكسار، فكما لا يعدلوا بلغت أربعة وعشرين أصلًا، فكذلك الثمانية عشر إنما هو توجيه لأحد القولين فقط لا لكليهما.

قال ابن الحاجب: وإذا تحاكم إلينا ورثة الكافر وتراضوا كلهم حكمنا بحكم الإسلام، فإن أبى بعضهم لم نعرض لهم إلا أن يكون فيهم من أسلم.

فقال ابن القاسم: يحكم له بحكمهم على مواريثهم إن كانوا كتابيين، وإلا بحكم الإسلام، وقال سَحنون: بحكم الإسلام.

قُلتُ: قال ابن رُشْد في نوازل سَحنون من الأقضية: إن أبى أحد الكافرين عن حكم الإسلام بينهم؛ لم يحكم بينهم ولو رضي أسقفهم، وإن تظالموا؛ حكم بينهم وإن لم يرضوا، اتفاقًا فيهما، وإن رضيا بحكم الإسلام وأبى أسقفهم؛ ففي الحكم بينهما قولا سَحنون، وسماع عيسى ابن القاسم، وهو تفسير للمدَوَّنة.

وفي الولاء منها: قال النبي ﷺ: **«كل ميراث قسم في الجاهلية فهو على قسم الجاهلية، وكل ميراث أدركه الإسلام ولم يقسم، فهو على قسم الإسلام»**[1].

قال مالك: معناه: في غير الكتابيين من مجوس وزنج وغيرهم.

أما لو مات النصراني، ثم أسلم وارثه قبل أن يقسم ماله؛ فإنه يقسم بينهم على

(1) أخرجه أبو داود: رقم (2914) في الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر، وأخرجه ابن ماجه: رقم (2485) في الرهون، باب قسمة الماء.

قسم النصارى.

قُلتُ: أخرجه أبو داود عن ابن عباس، وصححه عبد الحق بسكوته عنه، وقال ابن القطان: سكت عنه وينبغي أن يكون حسنًا؛ لأن في سنده محمد بن مسلم الطائفي وهو مختلف فيه، وهو قد تولى ذكر ذلك إثر حديث ذكره عند يبين أحمد من رواية محمد المذكور عن ابن عباس. قال: قال رسول الله ﷺ: «**من كانت عنده شهادة فلا يقل لا أخبرها إلا عند الإمام؛ ولكن يجهر بها، لعله يرجع أو يرعوي**»[1] فأقل ما كان عليه هنا أن يبين هذا الحديث من روايته.

وسمع سَحنون ابن القاسم في كتاب العتق: إن أسلم ولد المجوسي قبل قسم ماله، أو ولد النصراني؛ لم يقسم ماله إلا قسم الشرك؛ وإنما ذلك في المجوس أهل الذين ليسوا بأهل ذمة، فإذا أسلم أولاد أولئك قبل أن يقسموا ميراثهم؛ قسم على قسم الإسلام، ثم قال: ألا ترى الحديث: «**سنوا بهم سنة أهل الكتاب الذمة**».

ابن رُشْد: يقول إنما الحديث الذي جاء أيما دار قسمت في الجاهلية؛ فهي على قسم الجاهلية، وأيما دار أدركها الإسلام قبل القسم؛ فهي على قسم الإسلام، فالمجوس الذين لا ذمة لهم هم الذين تقسم مواريثهم، وإن أسلموا قبل قسمتها على دينهم كاليهود والنصارى من أهل الذمة، وهو خلاف قوله في المدَوَّنة: أن الحديث إنما جاء في المجوس كانت لهم ذمة أو لم تكن، تقسم مواريثهم إذا أدركها الإسلام قبل القسم على قسم الإسلام.

وروى أشهب عن مالك وهو قول ابن نافع وغيره من أهل المدينة: أن الحديث عام في المجوس، وأهل الكتاب كانت لهم ذمة أو لم تكن؛ تقسم مواريثهم إن أدركها الإسلام قبل القسم على قسم الإسلام قبل أن يسلموا كلهم، وإن أسلم بعضهم؛ قسم على قسم دينهم، ووقف مالك في رواية أشهب: إذا أسلم بعضهم، وقال: لا أدري.

---

(1) أخرجه البيهقي موقوفًا: 10/159- رقم (20383) كتاب الشهادات باب ما جاء في خير الشهداء.

وقيل: سواء أسلموا كلهم أو بعضهم يقسم بينهم على قسم الإسلام، وهو قول عمر بن عبد العزيز في المدَوَّنة؛ فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال تتفرع إلى ستة أقوال:

قال ابن الحاجب كابن شاس: لا يرث ذو رق، ولا يورث، وماله لمن يملك الرق منه.

قُلتُ: هي عبارة الباجي كالأكثر.

وقال الحوفي: من فيه بقية رق كان كالعبيد؛ لا يرثون، ولا يحجبون، ويورثون بالملك.

وفي الولاء منها: من ورث من عبده النصراني، ثمن خمرًا أو خنزير؛ فلا بأس به.

قال ابن الحاجب: ومن الموانع استبهام التقدم أو التأخر.

قُلتُ: الأكثر على جعل الاستبهام من موانع الإرث.

وقال القرافي: للإرث موجبات وموانع وشروط، فعد من الشروط، علم تقدم موت الموروث على الوارث.

قال ابن خروف: لو مات رجل وزوجته وثلاثة بنين له منها، وجهل موت السابق منهم، وترك الأب امرأة له أخرى، وتركت الزوجة ابنًا من غير زوجها الميت؛ فللزوجة الربع وما بقي للعصبة، أو الموالي أو لبيت المال، ومال الزوجة لابنها الحي، ومال البنين الثلاثة الهلكى: السدس منه لأخيهم لأمهم، والباقي للعصبة، أو المولى، أو لبيت المال.

أبو النجاء: موتهم جميعًا، أو مفترقين في بلدات مفترقة، وجهل أيهم مات قبل صاحبه سواء.

مذهب زيد في ذلك هو قول مالك: تفسيره ثلاثة إخوة أشقاء ماتوا ولم يعلم أيهم مات قبل صاحبه، وتركوا أما وعصبة؛ فللأم الثلث من كل واحد منهم، وللعصبة ما بقي، فكأن كل واحد منهم مات ولم يترك غير أم وعصبة.

وفيها: لا يقسم ورثة المفقود ماله، حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يحيا إلى مثله؛ فيقسم بين ورثته حينئذ لا يوم فقد، وإن مات له ولد؛ أوقف ميراثه منه إن أتى أخذه، وإن مات بالتعمير؛ رد ذلك إلى ورثة الابن يوم مات، ولا أورث الأب بالشك.

ولو فقد عبد فأعتقه سيده، وله ولد أحرار؛ لم يوقف له ميراث من مات من ولده الأحرار؛ لأنه على أصل منع الإرث بالرق حتى يصح عتقه.

وأحسن ذلك: أن يدفع إلى ورثة الابن بحميل يعطونه.

قُلتُ: ووجه العمل في ذلك أن ترد فريضة لغو المفقود، وفريضة حضوره لعدد واحد إن لم تتداخلا، فإن تداخلتا اعتبرت كبراهما، ثم تقسم ما دارتا إليه، أو كبراهما على الفريضتين، ويعطي الوارثون ومن سقط في إحداهما لم يعط شيئًا، ووقف ما فضل عن ما ذكر أعطاه.

فإن تحققت حياة المفقود بعد موت الموروث عنه؛ أمضي قسم الفريضة حضوره، وإن تحقق موته قبل موت الموروث عنه أو موت بالتعمير؛ أمضي قسم لغوه، ودفع الموقوف لمستحقه في الفريضة الممضاه.

قال أبو النجاء: لو ترك امرأة، وأبوين، وابنتين إحداهما مفقودة؛ ففريضة كون المفقودة وارثة من سبعة وعشرين، وأن لا تكن من أربعة وعشرين، اضرب ثلث إحداهما في الأخرى تكن مائتين وستة عشر، للمرأة الثمن؛ ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون، وللأبوين السدسان؛ ثمانية في ثمانية أربعة وستون، وللمفقودة كذلك، فإن كانت يوم مات أبوها وارثة؛ كانت لها، وإن علم أنها كانت يومئذ ميتة؛ دفع إلى المرأة تمام الثمن بلا عون ثلاثة أسهم، وإلى الأم تمام السدس أربعة، وإلى البنت الحاضرة تمام نصف جميع المال أربعة وأربعون، وإلى الأب ثلاثة عشر أربعة منها تمام السدس بلا عول، وتسعة تفضل بعد فرض ذوي السهام.

وسمع أشهب في رسم العتق من كتاب العتق: من ترك امرأة حاملًا، وأولاد؛ وقف ميراثه، ولم يقسم حتى تضع قيل له: قال الورثة: يجعل الحمل ذكرًا ونعزل ميراثه، قال: ليس لهم ذلك.

قُلتُ: قال اللخمي في آخر ترجمة: من أوصى بعتق عبد وله مال غائب: اختلف فيمن مات عن زوجة حامل ولا ولد لها، هل تعطى الآن الثمن؟ فإن أسقطته، أو ولدته ميتًا؛ أتم لها الربع، أو لا تعطى الآن شيئًا، حتى تضع، وقيل: إن كانت حاملًا ولها ولد؛

قيل: لا تعطى، تعطي الثمن والولد نصف الباقي؛ لإمكان أن يكون ذكرًا.

وقيل: تثبت؛ لإمكان أن يكون الحمل غلامين وقيل: الربع؛ لإمكان أن يكون الحمل ثلاثة، وقيل: الخمس؛ لإمكان أن يكون أربعة، وأرى أن تعطي الزوجة الآن الثمن كان لها ولدًا ولا أن يعطي الولد إن كان له نصف الباقي؛ لأن الغالب من الحمل واحد، وغيره نادر ولا يراعى النادر.

فقال ابن شعبان في أول فرائض كتاب الزاهي: ومن هلك عن زوج حامل؛ لم تنفذ وصاياه، ولا تأخذ زوجته أدنى سهمها حتى تضع.

وقال أشهب: تتعجل أدنى السهمين وهو الذي لا شك فيه، وقيل: يوقف من ميراثه تراث أربعة ذكور وحجة قائله: أن أكثر ما تلد المرأة أربعة، وقد ولدت أم ولد إسماعيل أربعة ذكور محمد وعمر وعلي وإسماعيل بلغ محمد وعمر وعلي الثمانين.

قُلتُ: قال المزي في الطبقة الخامسة من كتابه المسمى بتهذيب الكمال في أسماء رجال الكتب الستة: محمد بن إسماعيل راشد الكوفي روى عن أنس وسعيد بن يحيى وعدة عنه يحيى القطان وطائفة ثقة، خرج عنه مسلم وأبو داود والنسائي قال شريك: رأيت بني أم إسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد وعاشوا.

قُلتُ: سمعت من غير واحد ممن يوثق بهم ، أن بني العشرة الذي بنى والدهم مدينة سلا بأرض المغرب، كان سبب بنائه إياها أنه ولد له عشرة ذكور من حمل واحد من امرأة له؛ فجعلهم في مائدة ورفعهم إلى أمير المؤمنين يعقوب المنصور، فأعطى كل واحد منهم ألف دينار ذهبًا، وأقطع أباهم أرضًا بوادي سلا فبنى بها مدينة تعرف الآن بني العشرة.

وأبو يعقوب المنصور: مدينة تسامتها الوادي يفصل بينهما ثم رأيت في هذا الوقت رجلًا يعرف ببني العشرة فسألته عن نسبه وسببه فذكر لي ما ذكرته.

وسمع أشهب: قيل: من مات زوجها، ولم تعلم أنها حامل أيؤخر الميراث حتى تستبرئ بحيضة؟ قال: ما سمعت بهذا إن كانت حاملًا أخر قسمه حتى تضع، قيل: قد أبطأت حيضتها، قال: لا تؤخر حتى تستبرئ لكن حتى ينظر في أمرها.

ابن رُشْد: قال أَصْبَغ: إن قسموا قبل وضعها؛ فسخ قسمهم ووقف جميع المال، فإن هلك سهم الورثة في أيديهم؛ قبل فسخه، والولد أعطي حظه ومضى الضمان عليهم.

وإن تلف سهم المولود أعطي سهمه مما في أيديهم، ولو تلف معه سهامهم بأيديهم رجع عليهم بحظه مما تلف بأيديهم؛ لتعديهم بأخذه لا بحظه من الجميع؛ لأنهم فعلوا في حظه ما يجب من وقفه.

قُلتُ: الواجب وقفه غير متميز بقسم، وقسمهم له تعد وهو قبل وقفه وقال: وكذا لو لم يكن ولد، وقالت الزوجة: عجلوا إلي الثمن، قال مالك في المبسوط: فإن عجلوه لها، ثم تلف المال، أو نقص لم يرجعوا عليها بشيء.

قال ابن القاسم مفسرا لقول مالك: أما من قاسمها فلا يرجع عليها بشيء، ويرجع الحمل على من كان من الورثة مليًّا؛ فيقاسمهم ما بأيديهم ويتبع هو وهم المعدمين، قيل: ما الفرق بين هذا وبين طرو ولد على الورثة بعد قسمهم، فإنه لا يرجع على الأملياء دون المعدمين؛ بل عليهم.

قال: لأن الذي قسموا قبل الوضع تعدوا، والذين طرأ عليهم ولد لم يكونوا عالمين.

ابن القاسم: ولو أعتق أحد الورثة رأسًا من التركة قبل الوضع، قوم عليه وعتق كله.

ومعناه: إن لم يكن الحمل فيحجبه، واختلف إن كانت وصايا، فسمع ابن القاسم في كتاب الوصايا: تؤخر حتى تضع الحمل، ورواه ابن أبي أويس.

وقال ابن مسلمة: لأن ما يهلك أو يزيد هو من رأس المال، فيكون الموصى له استوفى وصيته على غير ما يرث الورثة، وروى ابن نافع في المبسوطة: تنفذ الوصايا ويؤخر قسم الورثة حتى تضع، وقاله أشهب في بعض الروايات.

العتبيَّة في رسم البز المذكور: وأما الدين فيؤدى من تركته، ولا يؤخر لوضع الحمل، لا أعرف فيه خلافًا، إلا ما ذكر فيه لبعض الشُيُوخ من الغلط الذي لا يعد

في الخلاف.

قال الباجي: شهدت ابن أيمن حكم في ميت مات وترك امرأة حاملًا أنه لا يقسم ميراثه، ولا يؤدى دينه حتى تضع الحمل، فأنكرت ذلك عليه، فقال: هذا مذهبنا ولم يأت بحجة.

والصحيح تعجيله ولا يدخله الخلاف من الوصايا؛ لأن العلة في تأخير الوصايا هو أن التركة قد تتلف في حال الوقف قبل وضع الحمل، فيجب رجوع الورثة على الموصى لهم بثلثي ما قبضوه ولعلهم معدمون، وهذا في الدين منتف وتعجيله مخافة أن يتلف المال فيبطل حق صاحبه من غير نفع الورثة.

فقف على هذه المسائل الثلاث: الدين يؤدى ولا يؤخر لوضع الحمل، والتركة يؤخر قسمها لوضعه اتفاق فيهما، والوصايا مختلف فيها.

قُلتُ: في تغليطه ابن أيمن، وقوله: لا حجة له نظر؛ بل هو الأظهر وبه العمل عندنا، ودليله من وجهين:

الأول: أن الدين لا يجوز قضاؤه إلا بحكم قاض، وحكمه متوقف على ثبوت موت المدين، وعدد ورثته ولا يتقرر عدد ورثته إلا بوضع الحمل؛ فالحكم متوقف عليه، وقضاء الدين متوقف على الحكم، والمتوقف على متوقف على أمر متوقف على ذلك.

الأمر الثاني: أن حكم الحاكم بالدين متوقف على الإعذار لكل الورثة، والحمل من جملتهم، ولا يتعين الإعذار في حقه إلا بوصي عليه، أو مقدم، وكلاهما يستحيل قبل وضعه، فتأمله.

قال: فمن مات وترك امرأة؛ وجب أن لا يعجل الميراث حتى تسأل، فإن قالت: أنا حامل؛ وقفت التركة حتى تضع، أو يظهر أنه لا حمل بها بانقضاء عدة الوفاة، وليس بها حمل ظاهر، وإن قالت: لست بحامل؛ قبل قولها وقسمت التركة، وإن قالت لا أدري؛ أخر الميراث حتى يتبين أنها غير حامل بأن تحيض حيضة، أو يمضي أمد العدة،

ولا ريبة بها، وهذا معنى قوله في الرواية.

قُلتُ: ظاهره أنه لا يشترط في عدة الوفاة في ذات الحيض حيضتها في العدة.

وقد تقدم ما فيه من الخلاف، وفي بعض التعاليق أن القاضي ابن زَرْب بعث إليه القاضي ابن السليم بعصبة ميت وزوجة له ادعت أنها حامل وأكذبها العصبة.

قال ابن زَرْب: فقلت لها: اتق الله ولا تدعي الحمل وليس بك حمل ربما كانت علة بالجوف، تسميها الأطباء الرحا تظن المرأة أنها حامل ولا حمل بها، فقالت: إني حامل، وما أرسلنا إليك ابن السليم إلا على أنك فقيه لا على أنك طبيب، فتبسمت ضاحكًا وتعجبت من حدتها، وتمادت على ادعاء الحمل إلى أن توفي القاضي ابن السليم ووليت القضاء بعده، تحاكموا عندي فأمرت أن ينظرها القوابل، فنظرنها فقلن: لا حمل بها فقضيت بقسم الميراث، قيل له: ويجوز أن ينظر إلى حرة؟ قال: نعم إذا بان للرد.

قال مؤلفه: هذا آخر ما يسر لي من قصد تتميم نقل ابن الحاجب وابن شاس وتحقيق نقلهما، وكلام بعض شراح ابن الحاجب وعزو ما أغفل عزوه من ذلك جعل الله ذلك خالصًا لوجهه الكريم، وكان إكماله في ضحى يوم الخميس السادس لشهر رجب الفرد عام ستة وثمانين وسبعمائة.

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

فهرس الموضوعات